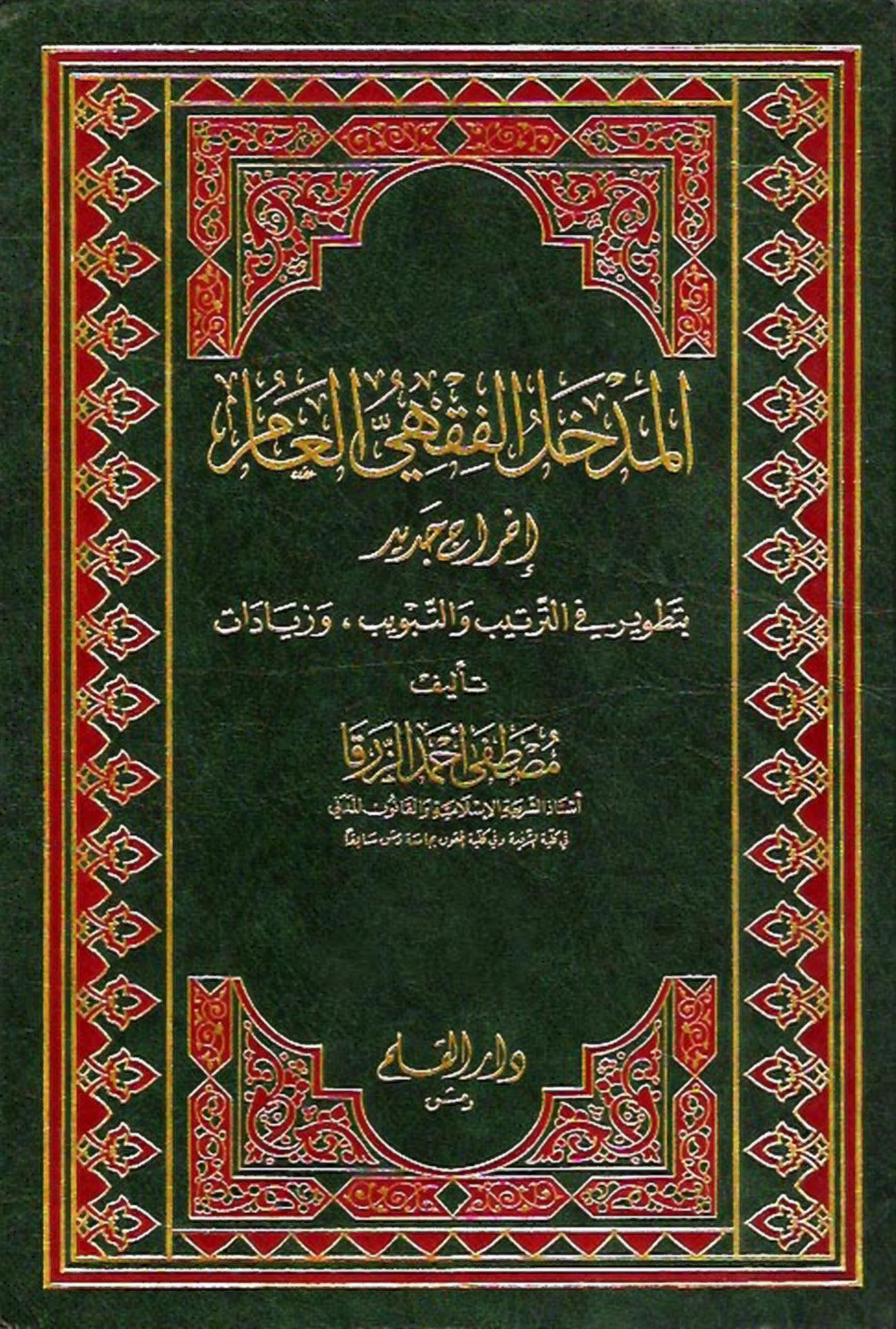

المدخل الفقهي العام
إخراج جديد
بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات
تأليف
مصطفى أحمد الزرقا
أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني
في كلية الشريعة وفي كلية الحقوق بجامعة دمشق سابقاً
دار القلم
دمشق

الفقهُ الإسلاميّ في ثوبه الجديد

(١)

المدخل الفقهي العام

إخراج جديد

بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات

تأليف

مصطفى أحمد الزرقا

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني

في كلية الشريعة وفي كلية الحقوق بجامعة دمشق سابقاً

الجزء الأول

دار القلم

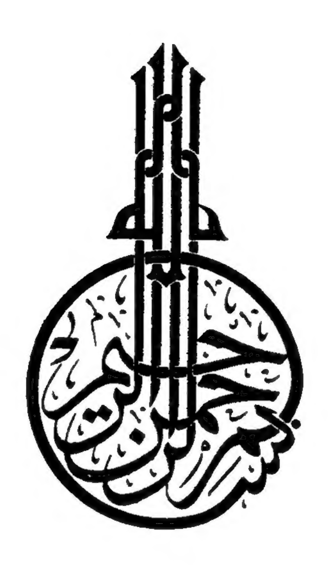
دمشق

الطَّبعَةُ الثَّانِيَةُ
١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

حُقوقُ الطبْع محفوظة

تُطلبُ جميعُ كتبنا من:
دَارُ القَلَم - دمشق: ص.ب: ٤٥٢٣ - ت: ٢٢٢٩١٧٧
الدّار الشاميّة - بيروت - ت: ٦٥٣٦٥٥ / ٦٥٣٦٦٦
ص.ب: ٦٥٠١ / ١١٣

توزّع جميع كتبنا في السعودية عن طريق
دَارُ البَشير - جدّة: ٢١٤٦١ - ص.ب: ٢٨٩٥
ت: ٦٦٠٨٩٠٤ / ٦٦٥٧٦٢١



تقديم

بقلم: الأستاذ عبد القادر عودة[1]

الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد

كان هذا العنوان أمنيةً فأصبح حقيقة، كان أمنية تهوي إليها النفوس وتهفو إليها القلوب، فأصبح حقيقة ماثلة بين دفتي كتاب يستطيع كل قارىء أن ينالها وأن يستمتع بجمالها.

وقبل هذا الكتاب كان عشّاق الفقه الإسلامي يحاولون أن ينالوه فلا يستطيع أن يناله منهم إلا البعض وقليل ما هم، لأنَّ الفقه اعتصم من طالبيه في المتون، وتحصَّن في الشروح، واستعصى على طلابه في اللغة المغلقة والأسلوب العقيم.

وكان كل من له إلمام بالفقه الإسلامي، وكل من عانى من قراءة كتب الفقه الإسلامي، يود أن توطأ للناس كتب الفقه حتى يتيسر لهم قراءتها وتسهل عليهم دراستها، وحتى يستطيعوا أن يوازنوا بين الفقه الحديث وبين الفقه الإسلامي العتيد، ذلك الفقه الغني بموضوعاته ونظرياته واصطلاحاته المتميز بدقته وقوته، ليكون لهم من هذه الموازنة ما يزيد ثقافتهم، ويوسع آفاقهم، ويفتح أعينهم، ويوجههم إلى الطريق المستقيم.

---

(١) نشر الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله تعالى هذا التقريظ عن الكتاب في مجلة (المسلمون) في القاهرة، السنة الثانية، العدد الخامس (١٣٧٢هـ/ ١٩٥٣م، ص٤٩٧ ـ ٥٠٠). وننشرهُ اليوم تقديماً للكتاب في إخراجه الجديد.

هذه المشاكل التي كانت تواجه عشاق الفقه الإسلامي والدعاة إليه قد حلها كتاب، وتلك الأماني التي كانت تجيش بها صدورهم قد حققها كتاب، والكتاب الذي حل المشاكل فأحسن حلها وحقق الأماني فأحسن تحقيقها هو كتاب «الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»، الذي اتخذنا اسمه عنواناً لهذا المقال.

وإذا صح أن الكتاب يقرأ من عنوانه فهذا الكتاب في نظري أول كتاب يدل عليه عنوانه حق الدلالة ويعبر عنه كل التعبير. إنَّ عنوانه هو الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، وكل عبارة من عباراته، وكل فقرة من فقراته، وكل صفحة من صفحاته، هي الفقه الإسلامي في أسلوب جديد وعرض جديد وتنظيم جديد وتوجيه جديد، أو هي الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد كما شاءت الدقة والإحاطة لمؤلفه أن يسميه.

والكتاب سلسلة كتب ظهر منها حتى الآن المدخل الفقهي العام، وكتاب الحق والالتزام والأموال والأشخاص، وكتاب عقد البيع، ولا يزال المؤلف يعد كتاب نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي. وطريقة المؤلف في الإخراج تدل على أنه سيضيف إلى السلسلة عدداً آخر من الكتب.

ولقد وقع في يدي كتاب المدخل الفقهي العام فوجدت شيئاً جديداً وعملاً جليلاً. فأما أنه شيء جديد فإنه الفقه الإسلامي لم يجر رجاله على هذه الطريقة الحديثة التي جرى عليها المؤلف، ولم يأخذوا بذلك التقسيم العصري الذي أخذ به، حيث تؤصل المسائل، وتعرض الكليات، وتبسط النظريات، وتشرح المصطلحات ثم تستخرج الفروع من أصولها أو ترد الجزئيات إلى كلياتها، أو تطبق النظريات على موضوعاتها، فيخرج الدارس من دراسته وقد ألمَّ بالكليات والنظريات، وتماسكت في ذهنه المسائل وارتبطت الفروع بالأصول، واستفاد القدرة على حل المشاكل، والتمييز بين المتشابه.

وأما أنه عمل جليل فلأنه عمل غير مسبوق، ولأنه يقتضي من صاحبه فهماً وعقلاً وجهداً وصبراً حتى يصل إلى ما وصل إليه المؤلف من مستوى

رفيع، لا يصل إليه عادة إلا النابهون بعد أن تمهد لهم الطرق ويسبقهم الرواد، فإذا ما وصل المؤلف إلى ما وصل إليه بعد أن شق طريقه في الصخر وكان الرائد لنفسه ولغيره، فتلك هي العبقرية الفذة، أو هو فضل الله يؤتيه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم.

ولقد ساعد المؤلف على الوصول إلى ما وصل إليه، أنه رجل ذو هدف في الحياة، وأنه من أصحاب المثل العليا الذين يعملون ويقولون لوجه الله، فأمده الله جل شأنه بعونه، ورزقه الفهم لدينه وشريعته.

ويلوح أن المؤلف قد عانى من مرارة الاطلاع على كتب الفقه ما عانى، فأخذ على نفسه أن يوطىء الفقه لطلابه. ثم رأى الفقه الإسلامي في ترتيبه وتبويبه وربط فروعه بأصوله متأخراً قروناً عن الفقه الحديث، فأخذ على نفسه أن ينقل الفقه الإسلامي عبر هذه القرون الطويلة نقلة واحدة ليلحقه بالفقه الحديث، فوفقه الله إلى ما أراد، فوطأ الفقه الإسلامي لكل طالب، ونقله بخطوة واحدة جبارة من العصر العباسي إلى عصرنا الحديث؛ فإذا هذا الفقه الغني القوي الذي كان ملتفاً في ثوبه العتيق القديم يخرج على الناس في ثوبه الجديد فتيّاً مشرقاً يزاحم الفقه كله بمنكبيه، ويعلن للناس أن فقه الإسلام هو الفقه وأن شريعته هي الشريعة وأن ما اختاره الله للناس هو الخير كل الخير للناس لو كانوا يعلمون.

والمؤلف الجليل يعلم وهو يقدم على هذا العمل الجليل أنه يقدم على عمل أجل وأعظم من أن يقوم به فرد، وأن هذا العمل يقتضي أن تتعاون عليه جهود جماعة من الأساتذة العلماء المطلعين على الفقه الإسلامي والحقوق الحديثة في مصادرها وأساليبها الأجنبية. ولكن الحاجة الملحة إلى السرعة ومسابقة الزمن قضت بأن يقدم على حمل هذا العبء الثقيل الذي ينوء بالعصبة أولي القوة مستمداً من الله العون.

ولقد أمده الله بعونه فوفقه إلى أن يخرج كتاباً جامعاً لأصول الفقه الإسلامي والنظريات العامة التي تبنى عليها الأحكام في لغة قوية تسيل

عذوبة ورقة، وفي تنسيق دقيق وترتيب بديع، وربط للفروع بالأصول، وسلسلة منطقية للنظريات والأحكام. ولقد كان هذا الكتاب أول الكتب التي تنقص المكتبة الإسلامية، وهو بعد وجوده أول الكتب التي ستبنى عليه النهضة الفقهية الإسلامية. فدارس الفقه الإسلامي في حاجة شديدة إلى هذا الكتاب ليعرف الأسس التي يقوم عليها الفقه، ولترتبط في ذهنه بعض هذه الأسس بالبعض الآخر ويتوجه بعد ذلك في دراسته توجهاً سليماً.

وأهم ما في الكتاب أن طلبة كلية الحقوق في العالم الإسلامي يستطيعون أن يقرؤوه فلا يشعرون أنهم يقرأون شيئاً غريباً عليهم ولا بعيداً عنهم، بل لعلهم سيجدون في قراءته من اللذة العلمية والتعمق الفقهي ودقة التعبير اللغوي والاصطلاحي، ما يجعلهم يفضلونه على غيره من كتب القانون التي تترجم لهم ولا تؤلف، بل لعلهم يجدون فيه من الفن والروح ما لم يجدوه في كتاب آخر.

وقد استطاع المؤلف في سهولة ويسر بما وهبه الله من قوة الفهم وعمق الفقه أن يعرض النظريات الإسلامية العامة كما تعرض النظريات القانونية، وأن يصل كل كلية بفروعها، وأن يستخرج من الفروع كلياتها معتمداً في عمله على المذهب الحنفي، وإن كان يوازن في بعض المسائل بين المذاهب الإسلامية ولا ينسىٰ في أكثر الأحوال أن يوازن بين حكم الشريعة والقوانين السورية.

والكتاب بعد ذلك مرتب ترتيباً منطقياً: فالقسم الأول منه يتكلم عن الفقه ومصادره والترتيب التاريخي لهذه المصادر، وتطور الفقه والأدوار التي مرَّ بها ومميزاته في كل دور. والقسم الثاني يتناول النظريات الأساسية العامة: نظرية الملكية وما يدخل تحتها من أسباب الملكية وتقسيم الملك وخصائص الملكية، ونظرية العقود وما يدخل تحتها من تكوين العقد والإرادة وشوائبها وآثار العقود والفسخ والبطلان وغير ذلك مما تتناوله عادة الكتب القانونية، ثم نظرية الأهلية والولاية.. إلخ وهكذا يسير الكتاب من

نظرية إلى نظرية فلا يترك نظرية حتى يوفيها حقها من البحث ويوفي ما يدخل تحتها من فروع حقها من البحث.

ومؤلف الكتاب لا ينسى أن يذكر بجوار المصطلح الإسلامي المصطلح القانوني ليبيّن الفرق بينهما في دقة التسمية، وليوسع بذلك معلومات القارىء، وينبه ذهنه إلى الموازنة والتعمق في الفهم.

والمؤلف الجليل الذي بذل هذا المجهود العظيم وأخرج هذا الكتاب الكريم هو الأستاذ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا أستاذ الحقوق المدنية والشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بدمشق.

ولعل هذا التوفيق الذي لازم الشيخ في إخراج كتابه يرجع أولاً إلى حسن صلة الشيخ بالله؛ فما يوفق هذا التوفيق إلا رجل يسدِّد الله خطاه، ويرجع ثانياً إلى ما أفاء الله على الشيخ مصطفى من فضل الجمع بين دراسة الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. وكل ذلك ساعد الشيخ الزرقا على أن يحلق في هذا الأفق العالي، وأن يقدم للإسلام والمسلمين أجل الخدمات بهذا الكتاب القيم.

جزى الله الشيخ عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء، ونفعنا بعلمه وأمده بالقوة وكتب له التوفيق إنه سميع مجيب.

عبد القادر عودة



كلمة

بقلم: الدكتور منير العجلاني[1]

المدخل الفقهي العام

يعدُّ هذا الكتاب، في نظرنا، خير كتاب في التوطئة لدراسة مجلة الأحكام العدلية ـ القانون المدني العثماني القديم ـ وهو إلى ذلك دفاع مجيد عن عظمة الفقه الإسلامي، وقد نقل لنا مؤلفه ثلاثة نصوص دولية خطيرة تشيد بمزايا فقهنا ويسرنا أن نثبتها في هذه الكلمة:

القرار الأول: اتخذه مؤتمر الحقوق المقارنة المنعقد بمدينة لاهاي في شهر آب من عام ١٩٣٧ وهو يتضمن ثلاثة مبادىء:

١ ـ «اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام.

٢ ـ اعتبارها حية قابلة للتطور.

٣ ـ اعتبارها تشريعاً قائماً بذاته ليس مأخوذاً من غيره».

القرار الثاني: اتخذه مؤتمر المحامين الدولي عام ١٩٤٨ وهذه ترجمته:

«اعترافاً بما في التشريع الإسلامي من مرونة وما له من شأن، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع وبالتشجيع عليها».

---

(١) نشرت هذه الكلمة في «مجلة المجمع العلمي العربي» بدمشق، في المجلد الثامن والعشرين ١٣٧٣ هـ ـ ١٩٥٣ م.

القرار الثالث: اتخذه مجمع الحقوق المقارنة الدولي المنعقد في باريس ١٩٥٢ وإليك ترجمته:

«إن المؤتمرين، بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثناء «أسبوع الفقه الإسلامي» وما جرى حولها من المناقشات التي تخلص منها بوضوح:

أ ـ أن مبادىء الفقه الإسلامي لها قيمة لا يمارى فيها.

ب ـ وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات، ومن الأصول الحقوقية، وهي مناط الإعجاب وبها يتمكن الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها.

يعلنون رغبتهم في أن يظل (أسبوع الفقه الإسلامي) يتابع أعماله سنة فسنة، ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أُسساً للبحث في الدورة القادمة.

ويأمل المؤتمرون أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامي يسهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه فيكون معلمة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة».

.. وكأن الأستاذ الزرقا قد استجاب لهذا الأمل، حين ألَّف كتاباً في الفقه الإسلامي على الأسلوب الحديث!

بدأ كتابه بتعريف الفقه الإسلامي، ثم ذكر مصادره الأولى الأربعة الأساسية: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومصادره التبعية: الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف، ثم بحث في أدوار (أو أطوار) الفقه الإسلامي، فجعلها سبعة، أولها عصر النبوة، وآخرها عصر المجلة ـ ولسنا معه في هذا

التقسيم، وإن يكن لعدد (٧) سره وسحره! ـ ثم دخل في صميم موضوعه، وهو: «النظريات الفقهية الأساسية» كنظريات الملك، والعقد والأهلية إلخ.. لم ينسج فيها على منوال من سبقوه، من شراح المجلة، الذين جعلوا الفقه «فتاوى» و «قضايا» و «جزئيات»... وإنما حاول أن يدرس المجلة كما يدرس الأساتذة الفرنسيون في كلية الحقوق بباريس مادة القانون المدني، فجمع من أحكام القرآن والحديث وآراء الفقهاء، من مختلف المذاهب، ما يؤلف نظريات عامة تشبه النظريات الأوروبية الحديثة، وقد وفق في محاولته توفيقاً كبيراً. فمن قرأ كتابه خرج منه بفائدتين: النظريات الفقهية الجديدة، وله فضل إخراجها، وآراء الفقهاء التي لخصت للقارىء فأغنته عن قراءة عشرات من كتب الفقه!...

وعلى إعجابنا بهذا الكتاب الجليل نشير إلى ناحية صغيرة ضعيفة منه كانت بمثابة «الخرزة» الزرقاء.. أو التميمة... من العين، وهذه الناحية هي أن الأستاذ الزرقاء... يقول دائماً أن آراء علمائنا خير من آراء الغربيين، وأنا معه، فقديمنا أفضل من قديمهم، ولكن قديمنا ليس دائماً أفضل من جديدهم!

هذه ملاحظة! والملاحظة الثانية هي أن الأستاذ الزرقاء حمل بعض النصوص أكثر مما تستطيع أن تحمل، في سبيل بناء نظريات عامة تشبه النظريات الغربية، خذ لك مثلاً احتجاجه بالآية الكريمة: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (النساء: ٤/٢٩) لإِثبات مبدأ «سلطان الإِرادة» وليس في هذه الآية شيء من ذلك! فمبدأ سلطان الإِرادة أعلن تحرر الناس من المراسم والأشكال التي كانت تفقد المتعاقدين، في ظل الشريعة الرومانية القديمة، كثيراً من حريتهم وتفسد كثيراً من عقودهم وتعتبرها لغواً لمجرد أنها لم تستكمل بعض «الشكليات»... فما هي الصلة بين هذا المبدأ وبين الآية الكريمة؟

وإن هاتين الملاحظتين لا تنقصان من قدر الكتاب الذي يستحق صاحبه أبلغ الثناء وأعظم التقدير، وهو كتاب قوي بمادته، وصاحبه رجل متوقد الذكاء، جمع بين الثقافتين الدينية والقانونية؛ قوي بلغته، فالأستاذ الزرقاء فقيه أديب، وأسلوبه في الكتابة يكاد ينسيك صعوبة المادة وجفافها. . .

الدكتور منير العجلاني



مقدمة هذا الإخراج الجديد
لسلسلة: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد
وفي طليعتها: المدخل الفقهي العام

ـ ١ ـ

الحمد لله الذي أتم علينا نعمته، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الهدى، وعلى من بسنته اهتدى وعلى آله وصحبه.

وبعد فقد بني هذا المدخل الفقهي العام على ثلاثة أقسام هي:

مقدمة تعريفية وتاريخية عن مصادر الفقه وأدوار تطوره، ويليها عرض للنظريات الفقهية الأساسية في مباني الأحكام، ثم بيان للقواعد الكلية في الفقه مع شرح موجز لها.

وقد دعتني حاجة التدريس الجامعي إلى أن أقوم بتدريس هذا المدخل وكتابته وطبع ما أكتبه بالتتابع كراريس متفرقة في وقت واحد لتوزيعها على الطلاب منذ عام ١٣٦٣هـ = ١٩٤٤م.

ثم كنت أزيد في كل طبعة لاحقة وأنقح بحسب ما تظهره لي حاجة التدريس الجامعي. وفي الطبعة الرابعة أصبح هذا المدخل الفقهي العام جزءين اثنين، موزعاً تدريسهما على السنتين الجامعيتين الأولى والثانية. وتتابعت طبعاته حتى الطبعة الثامنة المنقحة حين تقاعدت من جامعة دمشق بحكم بلوغي السن القانونية في آخر عام ١٩٦٦م. واستمر تدريس المدخل في الجامعة بعدي بضع سنين صدرت خلالها طبعات جديدة حصل فيها أخطاء مطبعية كثيرة. ثم توقف تدريسه في جامعة

دمشق، وكل ما صدر له بعد ذلك كان طبعات مسروقة غير مأذونة حتى يومنا هذا، وكثيرة الأخطاء المطبعية.

وقد تراكم لديّ بعد صدور الطبعة الثامنة وخلال تدريسي لهذا المدخل في كلية الشريعة بالجامعة الأردنية منذ أوائل السبعينيات، تصحيحات أخطاء وتنقيحات وإضافات مناسبة أدخلتها جميعاً في هذا الإخراج الجديد الآن.

ـ ٢ ـ

صدرت الطبعات الأولى لهذا المدخل ونحن حينئذٍ في ظل مجلة الأحكام العدلية التي كانت بمثابة القانون المدني في الدولة العثمانية، وكان هذا الكتاب مدخلاً إلى الفقه الإسلامي عامة، وإلى مجلة الأحكام العدلية خاصة.

ثم صدر القانون المدني السوري المستمد من أصول الفقه القانوني الأجنبي في أواخر عام ١٩٤٩م، وتوليت أنا تدريسه أيضاً بدل مجلة الأحكام العدلية. واستمرينا في تدريس المدخل الفقهي تحت عنوان مادة الشريعة الإسلامية.

ومن فضل الله وتوفيقه أن المدخل شق في صياغة الفقه وتدريسه في الجامعات طريقاً لم يكن معهوداً قبله، وأن هذا النهج الجديد في تقديم الفقه الإسلامي للطلاب غير ذوي الخلفية الشرعية لقي قبولاً واسعاً حتى صار هو الطريقة الشائعة. ويقوم هذا النهج الذي اعتزمت اتباعه منذئذٍ في سلسلة (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد) على صوغ الأحكام الفقهية التي تشرح مجلة الأحكام العدلية كصياغة الفقه القانوني الحديث، ليلبس الفقه الإسلامي بذلك ثوباً جديداً يتفق مع الأذواق القانونية المعاصرة في صياغته ومظهره، ويحافظ في الأحكام والأنظار الفقهية على أصله وجوهره. وهذا ما تقتضيه الدراسة الجامعية وحاجة العصر.

ومما كتبته عن الصياغة الجديدة لهذا الكتاب في مقدمتي للجزء الثالث للسلسلة في عام ١٣٦٥هـ (١٩٤٦م):

«إني أعلم ما في هذه الخطوة من خطورة ومن جهود عظيمة، فإن الفقه القانوني والقوانين الحديثة المنشأة على أساسه تسير من الأصول

والمبادىء العامة بترتيب خاص، إلى فروع الأحكام الجزئية التي تقوم على أساس تلك المبادىء العامة أو تستثنى منها. وفقهنا ـ ومنه مجلة الأحكام العدلية ـ يسير بعكس ذلك، فيعالج الفروع مباشرة، وينثر أجزاء المبادىء العامة والأصول الكلية في طريقه بحسب المناسبات.

فجمع أجزاء هذه المبادىء العامة من مختلف الأبواب، واستيحاؤها غالباً من فروع الأحكام وعللها، ثم ضم كل جزء إلى أخيه ليستخلص من كل مجموعة منها الأصل الشرعي الذي يحكم فيها وتردّ الفروع إليه، كل ذلك يستدعي من الجهد والوقت ما يجب أن يتعاون عليه جماعة من فقهاء الشريعة والقانون، ينصرفون بكل مواهبهم إليه».

ـ ٣ ـ

إن هذا الإخراج الجديد الآن للكتاب بعد جميع طبعاته السابقة ـ يتميز في الشكل وفي المضمون.

أ) ـ ففي المضمون، حرصت على التمسك بالطابع والأسلوب التعليمي لهذا الكتاب ليبقى موطأً لطلاب كليات الشريعة والحقوق القادمين من الثانوية العامة ممن ليست لهم خلفية شرعية، وقاومت كل إغراء بتحويل الكتاب إلى موسوعة للأحكام الفقهية أو الفتاوى أو مرجع متعمقٍ لدقائق الفقه وتفاصيله. فما زال الكتاب الآن كما أردت له أصلاً أن يكون: مدخلاً موطأً يعلم الطالب الجامعي المفاهيم الفقهية الأساسية ومنهج التفكير الفقهي السديد، وليس تفاصيل وفروع الأحكام الفقهية التي تعج بها كتب الفقه التقليدية. وما يتضمنه الكتاب من أحكام فقهية هدفه الأساسي هو خدمة غرضه التعليمي بضرب الأمثلة وإيراد الشواهد وتشخيص المفاهيم المجردة، وتثبيت القضايا الرئيسية في ذهن الطالب. وقد زدت عدد الأمثلة الإيضاحية المختارة بعناية لتناسب حاجة المبتدىء في التوضيح.

ثم قد استحدثت الآن في هذا الإخراج الجديد، في أواخر بعض الفصول، ملحقات صغت فيها القضايا والمسائل التفصيلية والمتعمقة التي

تتعدى حاجة المبتدىء، لكنها تنفع الطالب المتقدم والمراجع الذي يريد التوسع. والأصل في هذه الملحقات أنها تتجاوز حاجة الطلاب في مرحلة الإجازة (البكالوريوس) **فلا تطلب منهم دراسة وامتحاناً**. وبعض هذه الملحقات كان في الأصل حواشي مطولة في ثنايا الفصول، أما ما بقي من حواشي متعمقة لكنها لقصرها لا تستحق أن تفرد في ملحق، فحافظت على بقائها في أماكنها مع تمييزها بنجم (*) ليتعداها الطالب دون حرج ويعلم أنها ليست مطلوبة منه في الامتحانات.

كما عنيت في هذا الإخراج الجديد بتقريب المدخل ـ قدر ما يسمح به طابعه التعليمي ـ من الواقع المعاصر وقضاياه. فالفقه الإسلامي ليس تراثاً نضعه في المتحف وننفض عنه الغبار لنعرضه على الزوار، بل هو فهم للشريعة الإلهية التي ارتضاها الله للناس ليهتدوا بها في حياتهم العملية ويهدوا إليها الإنسانية.

ومما أضيف إلى المدخل لهذا الغرض الآن: فصل جديد عن مميزات الدور الفقهي (الثامن) الذي نعيشه اليوم، وكذلك ملاحق متعددة تناولت فيما تناولته: حكم الفوائد المصرفية، وسلطة ولي الأمر، والسياسة الشرعية، وتقنين الفقه والتقنين منه، وتوحيد التشريع في البلاد العربية، وعقوبة الزنى، والفرق بين مدرستي أهل الحديث وأهل الرأي (وهذه قضية قديمة تثور حولها تساؤلات معاصرة).

أما الفهرس الهجائي التفصيلي للموضوعات والأعلام فقد جدد تجديداً كاملاً حيث تفاقم في الطبعات السابقة الخلل فيه.

ـ ٤ ـ

ب) ـ أما في الشكل: فبحسب هذا التقسيم الجديد تتتابع الفصول في المدخل الفقهي العام كله بالتسلسل من الفصل الأول إلى الأخير، دون أن يتكرر رقم أي فصل: فالباب الأول مثلاً يشمل الفصلين الأول والثاني ويليه الباب الثاني الذي يبدأ بالفصل الثالث وينتهي بالفصل الثامن، ليبدأ بعده الباب الثالث من الفصل التاسع وهكذا.

ومن مزايا هذه الطريقة في التقسيم، فضلاً عن وضوحها، سهولة الإحالة فيها. فيكفي رقم الفصل ليتميز دون إضافة إلى الباب والقسم الذي ورد فيهما.

ففي هذا الإخراج الجديد قد حلت الفصول بأرقامها المتسلسلة من أول الكتاب إلى آخره محل الفقرات المتسلسلة في الطبعات السابقة، وأصبح لكل فصل فقراته الخاصة به، وتستأنف من الرقم (١) في الفصل الذي يليه.

وفي هذا الإخراج الجديد وضعنا، في أعلى كل صفحة من الكتاب، الباب والفصل اللذين تعود إليهما تلك الصفحة بحيث يهتدي القارىء والمراجع من نظرة واحدة فيعلم أين هو، ويسهل عليه الانتقال إلى أي باب أو فصل يريد.

وقمنا بضبط الشكل للأحرف الضرورية في كل كلمة تحتاج إلى ضبط لتسهيل قراءتها بالصورة الصحيحة على الطلاب.

أما الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في الكتاب فقد تم تخريجها. وقد أعاننا في هذه المهمة وقام بها الشاب الناهض الشيخ مجد مكي الحلبي الذي يتابع دراسة الدكتوراه في الحديث النبوي، كما أعاننا في تصحيح تجارب الطباعة، أجزل الله مثوبته.

وأخيراً أشيد بالجهد الكبير الذي بذله ابني الدكتور محمد أنس الذي أعانني برأيه وخبرته وفعله، إعانة لم يكن في الإمكان أن يتحقق هذا الإخراج الجديد دونها، إضافة إلى ما ألقاه منه من عون في سائر أمور حياتي، ولا سيما بعد تقدم سني وتوهن عظمي، فأسأل الله أن يجزيه خير ما يجزي به عباده الصالحين المصلحين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



الرياض ١٢ من شوال ١٤١٦هـ

(الموافق ١/ ٣/ ١٩٩٦م)



مقدمة الطبعة الثالثة

بمناسبة صدور القانون المدني السوري خلالها

بدأنا هذه الطبعة من هذا المدخل الفقهي العام ونحن في ظل سلطان مجلة الأحكام الشرعية المصوغة من فقه المذهب الحنفي، والتي كانت هي قانوننا المدني العام، ومرجعنا في كل ما ليس فيه حكم قانوني بعدها يخالفها.

وقد كنا نبغي أن تكون هذه السلسلة الفقهية التي نصوغها وهي **«الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»** تمهيداً لقانون مدني حديث نخرجه في سورية مستمداً من الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه الغنيَّة، بحيث تقوم أسسه على أحسن ما في كل منها من النظريات والمبادىء الفقهية الخالدة، وهي التي تعاقَب على حراثتها وتحريرها عباقرة فقهاء الإسلام خلال ثلاثة عشر قرناً، وأوجدوا في موضوعاتها وأبوابها ـ إلى جانب الأحكام التي أحكموا قواعدها ومبانيها ـ لغة ومصطلحات لم يُعرف في تاريخ الحقوق لغة فقهية في مثل سعتها ودقتها وحسن انتقائها.

فأمنيتنا أن ننشىء قانوناً مدنياً يصل تشريعنا الحقوقي وحاجاتنا الحديثة فيه بماضٍ فقهي مجيد زاخر، قابل ـ بعظيم مبادئه ومرونة قواعده ومبانيه ـ أن يستجيب لكل ما تستدعيه حاجات المجتمع المدني الصالح وتطوراته الاقتصادية والاجتماعية والعرفية، كما سنرى شواهده في هذا المدخل.

وتوجيهاً إلى هذا الطريق كتبنا في هذا المدخل بحثاً توجيهياً بعنوان **«قانوننا المدني المنتظر، وفضل بنائه من الفقه الإسلامي»**.

غير أننا ونحن في هذا الطريق، وأبصارنا معلَّقة بنهايته، ووزارة العدل السورية تكلِّف الإِخْصَائيين بوضع قانون مدني مستمَد من الفقه الإسلامي، ووافٍ بالحاجات الزمنية الجديدة، فوجئنا بإصدار القانون المدني السوري في عهد الانقلاب العسكري الأول الذي حدث لدينا في ٣٠ آذار ١٩٤٩ م، وكان صدور هذا القانون بمساعي السيد أسعد الكوراني الذي ولاَّه زعيم الانقلاب وزارةَ العدل السورية. فقد اهتبل السيد الكوراني فرصة ذلك العهد الانقلابي والحكم الإرهابي، وأقنع زعيم الانقلاب الذي تولى السلطتين التشريعية والتنفيذية بأنَّ إقامة قانون مدني أجنبي بدلاً من التشريع الإسلامي وفقهه في هذه البلاد هو خير وسيلة لخلود الذكر وعظيم المكانة في نظر الأجانب، وأوهمه أنَّ هذا العمل يجعله كنابليون الذي كان القانون المدني الفرنسي أكثر تخليداً له من فتوحاته!!

وقد وجدوا أنَّ القانون المدني المصري الجديد يحقِّق هذا الغرض لأنه أجنبيٌّ أوروبي المصادر، فأصدروه بين عَشِيَّة وضُحاها بِجَرَّة قلم، هدموا بها أعظم صرح فقهي في العالم، وأقاموا بها قانوناً لا مرجع فيه لقاض أو محام أو دارس إلا أصوله وإصطلاحاته الأجنبية.

وقد فاتهم أنَّ طريق الخلود ليس في أخذ قانون أجنبي لا أثر لنا فيه إلا الانسلاخ من أصالتنا التي في كل أرض منها أثر، وفي كل حضارة عنها خبر؛ ولا نتيجة له إلا تناسي الذات، والتحوُّل إلى حياة على هامش الحياة! وإنما طريق الخلود في أن ننشىء من جوهر فقهنا الذي ملأت آلاف مؤلفاته مكتبات العالم، وأن نستمدَ من نبعه العَذْب المعين الهدَّار قانوناً جديداً يفي بحاجاتنا الحديثة، فيكون أصلُه راسخاً في فقهنا، وفرعه شامخاً في السماء، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعاظم في تخريجاتهم وتجديداتهم الفقهية إزاء حاجات كل عصر ومصر، حتى بلغوا بالفقه الإسلامي هذه السَّعَة التي جلت عن الحدود. نعم هذا هو طريق الخلود الذي إذا مشينا وأنتجنا فيه كان كفيلاً بأن يرد مصر نفسها إلى الجادة بعدما خطئت وانساقت

وراء التشريع الأجنبي، تفني نفسها فيه، وتبقى على هوامشه ضائعة الجهود، مُضَيِّعةً لمجد الجدود!!

ونحن لا نأبى الاقتباس، فإنَّ الحكمة ضالة المؤمن، ولكننا أثرياء في المادة؛ وإنما نحن بحاجة إلى اقتباس الأساليب الحديثة في البحث الفقهي وترتيبه، وإلى بعض الأحكام الجديدة التي نظمتها التشريعات للأوضاع الحقوقية والاقتصادية الحديثة، كشركات المساهمة، وعقود التأمين؛ على أنْ نخَرِّجها على قواعد فقهنا تخريجاً يقيمها على أصوله، ويدمجها فيه، كما كان يفعل فقهاؤنا الأعاظم تجاه الأوضاع والحوادث الجديدة التي كانوا يواجهونها.

أما إهمال ذلك الفقه الذي تعاقَبَتْ على خدمته عشرات الأجيال من عباقرة الفقهاء وجهابذتهم ممن انقطعوا إليه، ووقفوا كل مواهبهم عليه، وإقامة قانون أجنبي كامل يربطنا بعجلة التشريع والفقه الأجنبيين، ويجعل تراثنا العظيم نَسْياً منسياً، فهو إعلان إفلاس، وليس باقتباس، وهو عَجزٌ لا إبداع، فلا يليق هذا بأمة لها ثروة فقهية كثروتنا، وماض تشريعي جليل كماضينا.

هذا وقد رأينا أنَّ خير عمل لنا، بعد تلك الجناية التي جنتها على مجد العروبة الفقهي أيد شعوبية أثيمة، هو أن نتابع صِيَاغة هذه السلسلة الفقهية الجديدة بتبسط وإحكام، كي يعرف الجيل العربي الحقوقي الجديد ما أفاد وما أضاع، فنفتح له طريق الرجوع بعد أن يملك من المعرفة ما يحكم به على تلك الجناية وجُنَاتِها.

فلذا عَمَدْنا إلى توسيع هذا المدخل الفقهي العام في طبعته الثالثة هذه التي صدر القانون المدني خلالها، ليكون هو والأجزاء التي تليه حجة الفقه العربي الإسلامي لأنصاره على أعدائه، وموقظاً في الجيل العربي الناشىء غيرة على تراث فقهي ليس لأمة مثله في تاريخ التشريع.

وبهذه المناسبة نذكر أنه في مثل هذا اليوم من العام الفائت (الثاني من تموز ١٩٥١ م) عَقَدت شعبة الحقوق الشرقية من **«المجمع الدولي للحقوق**

المقارنة» مؤتمراً في كلية الحقوق من جامعة باريس للبحث في الفقه الإسلامي تحت اسم **«أسبوع الفقه الإسلاميَ» برئاسة المسيو (مِيّو** Milliot) أستاذ التشريع الإسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس، دعت إليه عدداً كبيراً من أساتذة كليات الحقوق العربية وغير العربية وكليات الأزهر، ومن المحامين الفرنسيين والعرب وغيرهما، ومن المستشرقين. وقد اشترك فيه من مصر أربعة أعضاء: اثنان من جامعة فؤاد، وعميد كلية الحقوق في جامعة إبراهيم[١]، وأحد أعضاء هيئة كبار العلماء عن الأزهر، واشتركنا فيه أنا والأستاذ الدكتور معروف الدواليبي عن كلية الحقوق السورية.

وقد حاضر الأعضاء في خمسة موضوعات فقهية عيَّنَها مكتب المجمع الدولي للحقوق المقارنة قبل عام من زمر الحقوق العامة والخاصة (المدنية، والجنائية، والإدارية، والاقتصادية) ومن تاريخ التشريع، ووجهت الدعوة للمحاضرة فيها، وهي (١) إثبات الملكية (٢) الاستملاك للمصلحة العامة (٣) المسؤولية الجنائية (٤) تأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض (٥) نظرية الربا في الإسلام. وكانت المحاضرات كلها باللغة الفرنسية، وخُصِّص لكل موضوع يوم. وعقب كل محاضرة كانت تفتح مناقشات مهمة مع المحاضر وبين المؤتمرين تطول وتقصر بحسب الحاجة، وتسجل خلاصاتها.

وفي خلال بعض المناقشات وقف أحد الأعضاء وهو نقيب محاماة سابق في باريس. فقال:

«أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلوحه أساساً تشريعياً يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور، وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشاتها مما يثبت خلاف ذلك تماماً ببراهين النصوص والمبادىء».

---

(١) أصبح اسم الجامعتين المذكورتين الآن في عهد الثورة المصرية: **جامعة القاهرة، وجامعة عين شمس**، كما أصبح اسم جامعة «فاروق» في الإسكندرية: **جامعة الإسكندرية**.

وفي ختام المؤتمر وضع المؤتمرون بالإجماع هذا التقرير الذي نترجمه فيما يلي[١]:

«إنَّ المؤتمرين».

بناء على الفائدة المتحققة من المباحث التي عرضت أثناء **«أسبوع الفقه الإسلامي»**، وما جرى حولها من المناقشات التي تخلص منها بوضوح:

أ ـ أنَّ مبادىء الفقه الإسلامي لها قيمة (حقوقية تشريعية) لا يُمارىٰ فيها.

ب ـ وأنَّ اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات، ومن الأصول الحقوقية، هي مناط الإعجاب، وبها يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة، والتوفيق بين حاجاتها.

يعلنون رغبتهم في أن يظل أسبوع الفقه الإسلامي يتابع أعماله سنة فسنة، ويكلِّفون مكتب المؤتمر وضعَ قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث في الدورة القادمة.

ويأمل المؤتمرون أن تؤلَّف لجنةٌ لوضع معجم للفقه الإسلامي يسهِّل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها

---

(١) وهذا هو النص الفرنسي الأصلي للتقرير المذكور:

Les Congressistes,

Etant donné l'intérêt suscité par les problèmes évoqués au cours de la SEMAINE DE DROIT MUSULMAN, et par les discussions auxquelles ils ont donné lieu, dont il est résulté clairement que les principes du droit musulman ont une valeur indiscutable, et que la variété des écoles à l'intérieur de ce grand système juridique implique une richesse de notions juridiques et de technique remarquable qui permet à ce droit de répondre à tous les besoins d'adaplation exigés par la vie moderne.

Emettent le vœu que la SEMAINE poursuive ses travaux d'année en auneé.

Chargent le Bureau de la SEMAINE d'établir la liste des sujets qui, à la suite des discussion ayant eu lieu au cours de la SEMAINE, devront faire l'objet d'un examen au cours de la session prochaine.

Souhatent qu'un Comité soit formé pour rétablir un dictionnaire de droit musulman destiné à faciliter l'accès aux ouvrages de droit musulman et constituant un répertoire des connaissances juridiques musulmanes, exposées suivant les méthodes modernes.

Paris, 7 juillet 1951.

المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة[١].

ولا يخفى أنَّ هذا الأمل الأخير الذي أعرب عنه المؤتمر في تأليف موسوعة فقهية على طراز موسوعات الحقوق الأجنبية، كموسوعة دالوز وغيرها، هو المرحلة الجديدة التي يجب أن يجتازها تدوين الفقه الإسلامي لكي يظهر بها جوهره، ويدنو بها ثمره. وهذا من أعظم ما يجب أن تفكر فيه جامعة الدول العربية. ومن الممكن أنْ يُعهد به إلى لجنة تتألف من بضعة أشخاص من الفقهاء والقانونيين، يتفرّغون له مع عدد من المساعدين خلال بضع سنين. وإنَّ كلفته لا تعد شيئاً بالنسبة إلى عظيم فائدته وأثره[٢].

والآن نترك المجال لهذا المدخل الفقهي أن يتكلم بلسانه العلمي الهادىء، وأسلوبه الجديد المبسَّط الموطَّأ، وموازناته الفقهية المتواضعة، فيترجم هو عن هذا الفقه العظيم لكل قارىء، وأسأل الله تعالى التوفيق إلى خير طريق، فهو الكفيل بالهداية إلى سواء السبيل.

دمشق في ١٠ من شوال ١٣٧١ هـ

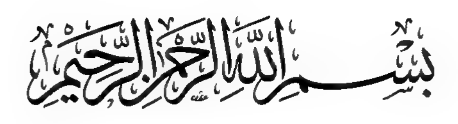
٢ من تموز ١٩٥٢ م.



---

(١) وقد قامت الجمعية الدولية للحقوق المقارنة بتلخيص وقائع أسبوع الفقه الإسلامي هذا وما دار فيه من بحوث ومناقشات مع التعليق عليه بما يظهر أهميته الكبرى في عالم القانون، ونشرت هذه الخلاصة في ثلاثين صفحة من مجلتها (المجلة الدولية للحقوق المقارنة؛ (Revue internationale de droit comparé) في العدد الرابع من السنة الثالثة، أيلول ـ تشرين الأول/ ١٩٥١، كما نشر معهد الحقوق المقارنة بجامعة باريس نصوص المحاضرات التي ألقيت في هذا المؤتمر كاملة مع مناقشاتها في كتاب خاص أصدرته مكتبة **مجموعة سيريه** Sirey للبحوث القانونية سنة ١٩٥٣ بإشراف المسيو (ميو) رئيس المؤتمر.

(٢) إنَّ هذا الحلم قد أوشك أن يتحقق، فقد أنشئت أول عام ١٩٥٤ م الدراسي في الجامعة السورية بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل، كلية للشريعة الإسلامية. وقد تبنَّت هذه الكلية مشروع وضع موسوعة (دائرة معارف) للفقه الإسلامي بالصورة التي تمناها هذا المؤتمر، ورصدت في ميزانيتها لعام ١٩٥٦ مبلغاً للبدء بهذا المشروع العظيم، وألَّفت له لجنة، وباشرت اللجنة اتصالاتها بعلماء الأقطار لهذا الغرض.



وإياه نستعين

خُطبة الكتاب

وبعد، فإنَّ الأحكام المدنية لدينا ليست محصورة في مجموعة على نحو القوانين المدنية في الأمم الأخرى، وإنما القانون المدني لدينا في سَعَة البحر المحيط: فهو مجلة الأحكام العدلية المختارة من فقه المذهب الحنفي[1]، ومن ورائها سائر الأحكام الفقهية المنثورة في كتب ذلك المذهب مما لا نص عليه في المجلة، ثم القوانين التي تناولت كثيراً من تلك الأحكام الفقهية بالنسخ أو التعديل.

وهذه الأحكام الشرعية المدنية مما في كتب الفقه والمجلة لدينا لم تُعرض إلى اليوم بأسلوب البحث الموضوعي على نسق ما نشاهده في مؤلفات القانون المدني المهيَّأة للدراسة الجامعية في الأمم الأجنبية، ككتب «جوسران» و «كابيتان» مثلاً في القانون المدني الفرنسي، بل كانت جميع شروح المجلة والكتب الفقهية الأخرى قائمة على طريقة شرح المواد مفردة، وسرد الأحكام المتفرقة.

والطالب الذي يتخرَّج من مدارس التحصيل الثانوي العام. فيدخل

---

(١) نلفت نظر القارىء إلى أنَّ هذا الكتاب ومقدمته هذه قد وُضِعَا وطُبِعَا قبل إلغاء مجلة الأحكام العدلية، وحلول قانون مدني جديد أجنبي الأصول محلها في سورية سنة ١٩٤٩ م كما بيّناه في مقدمة الطبعة الثالثة.

كلية الحقوق لا يستطيع فهم تلك الأحكام الفقهية وهضمها ما دام يواجه فيها منذ البداية فروع المسائل التي يتوقف فهمها على قواعد وعلل ونظريات ومبادىء ولغة واصطلاحات فقهية يجهلها الطالب جميعاً، فيضطر أن يحفظ تلك المسائل الفرعية وأحكامها حفظاً، دون أسس تمسك بهذه الفروع في فكره، ورابطة موضوعية تجمع بعضها إلى بعض.

فالكتب الفقهية لدينا وشروح المجلة كلها في الحقيقة إنما تصلح أن تكون مدَّونات للمحاكم، كجميع شروح القوانين، ليرجع إليها الحكام عند حاجاتهم إلى معرفة ما حول كل مادة وحكم من إيضاح وتفصيل، ولا تصلح أن تكون كتباً تعليمية في مجلة الأحكام العدلية الشرعية ومبادئها الفقهية لطلاب الحقوق في الجامعات.

ونحن بحاجة شديدة، إلى كتب جديدة توضع على طريقة البحث الموضوعي في أحكام المجلة ومبادئها الفقهية، لتصبح بالتبسيط والتركيز والتنسيق قريبة المتناول، سهلةَ المأخذ على أفهام الطلاب وحفظهم، حتى يتحقق في تأليف هذا العلم الدقيق الهام تمييز حسن بين الحاجة التعليمية في الجامعات، والحاجة التطبيقية في المحاكم، ويعرض الفقه الإسلامي في ثوب قشيب وأسلوب جديد يساير ذوق العصر ولغته، ولتمكن عندئذ مقارنة مباحثه بنظائرها من المباحث والنظريات القانونية، فيظهر بذلك ما في فقهنا الجليل من مكنونات ثمينة في ميزان التشريع.

وإني منذ أن عُهِدَ إليَّ بتدريس الحقوق المدنية التي كان أساسها مجلة الأحكام العدلية في كلية الحقوق السورية سنة (١٣٦٣ هـ = ١٩٤٤ م) وجَّهت هَمِّي وعَقَدْتُ عزمي على أَنْ أنهج في عرض فقه المجلة تدريساً وتأليفاً هذا المنهج الضروري اليوم، وأن أتقرَّب من جادته ما استطعت.

فشرعت في وضع هذا الكتاب المتسلسل عن الالتزامات والعقود في الفقه الإسلامي لأفتح به جادَّةً جديدة لتدريس **الحقوق المدنية في البلاد السورية**، جامعاً فيه الأحكام المدنية العامة المعمول بها لدينا مما تضمنته مجلة الأحكام الشرعية وما يتصل بها من المباحث والمسائل الفقهية

المهمة، مع الإشارة إِلى التعديلات القانونية الطارئة على الأحكام الفقهية الأصلية منذ العهد العثماني في هذه البلاد السورية إلى اليوم.

وقد اتخذت فيه المذهب الحنفي في الفقه الإسلامي أساساً للبحث لأنه المعمول به في القضاء، مع الإلمام بالمذاهب الأخرى في بعض المواطن بحسب حاجة البحث.

وهدفي فيه أن أقلب صياغة الفقه الإسلامي، فأبني من قواعده ومبادئه نظرية عامة على غرار نظرية الإلتزام العامة في الفقه القانوني الأجنبي الحديث[١] خدمة لفقهنا الإسلامي الجليل. كي يتجلى ما فيه من جَوْهر نفيس كان محجوباً بالأسلوب القديم الذي أصبح عسير الهضم على رجال العصر؛ ووفاء للحاجة إلى الطريقة التعليمية الحكيمة في الدراسة الجامعية لهذا العلم الدقيق المسائل، المتشعّب المباحث، الواسع الآفاق، العظيم الشأن والموقع. ذلك لأنَّ **الحقوقَ المدنيّةَ** التي يطلق عليها اسم **«القانون المدني»** هي أسُّ الدراسات والمدارك الحقوقية جميعاً، وأنَّ الحاجة التعليمية فيها توجب طريقة موضوعية تسير من البسيط إلى المركَّب، ولم يعد يهضم فيها الأسلوب الفروعي[٢] القديم الذي لا تُقام فيه الفروع على أصولها في نظرية كليَّةٍ جامعة.

---

(١) ينظر التعريف بنظرية الإلتزام العامة الأجنبية في الجزء الثالث من هذه السلسلة.

(٢) تسوغ النسبة إلى لفظ الجمع إذا صارت صيغته في الاستعمال كاسم العلم مثل (أنصاري) في النسبة إلى (الأنصار)، وكذا إذا كانت النسبة إلى المفرد تلبس المعنى المراد بغيره كما هنا، إذ لو قيل (فرعي) لما فهم منه معنى طريقة سرد الفروع، بل يفهم منه ما يقابل معنى (أصلي).

ومثل ذلك في العرف القانوني اليوم كلمة (حقوقي) نسبة إلى الحقوق بمعنى العلم، فلو نسب إلى المفرد فقيل: (حقي) لالتبس المعنى المراد بغيره.

وقد استعمل قدماء الفقهاء والأصوليين النسبة إلى (الفروع) بصيغة الجمع، فقالوا: **«فروعي»** إما باعتبار أنَّ لفظ «الفرع» صار كاسم علم لمسائل الفقه، وإما لدفع الالتباس المذكور (انظر عبارة أبي إسحاق الشاطبي الآتية في الفقرة ١٩/١) على أنه يجوز في لغة أن ينسب إلى الجمع مطلقاً. (ر: حاشية الصبان على الأشموني في بحث ياء النسب).

وقد كان من أعظم الأسباب في استغلاق الفقه على الطلاب خلال دراستهم الجامعية أن مسائله الفرعية تتصل بأصولٍ كليّة، ونظريات عامة أساسية، يشترك في العلاقة بكل منها كثير من أبواب الفقه، ويتوقف على الإحاطة بها فهم مسائله وأحكامه، والطالب في بَدْء دراسته يجهلها جميعاً. وذلك كنظرية الملكية وأنواعها وأسبابها؛ ونظرية الارتباط التعاقدي، أي العقود، وما ترتكز عليه من أسس عامة؛ ونظرية الشروط العقدية من تعليق وتقييد وإِضافة؛ ونظرية المؤيِّدات التشريعية، وما يتفرَّع عنها في الحقل المدني من قضية البطلان والفساد والتوقف؛ ونظرية الأهليَّة؛ ونظرية الضمان؛ ونظرية العُرْف وسلطانه، ونحو ذلك من المبادىء الأساسية والنظريات الموضوعية الكبرى التي هي من أركان الفقه ودعائم أحكامه، وهي منثورة الأجزاء في غضون الأبواب الفقهية يذكر منها في كل باب ما يتعلق به، ولكنها يمكن أن تقتطف أجزاؤها وتجمع من أماكنها، وتصاغ منها سلسلة نظريات يصدر بها علم الفقه فتكون مفاتيح لأغلاق مسائله، وتزوِّد الطالب فيه بملكة في الفهم عاجلة كان يحتاج في اكتسابها إلى سير طويل في جميع فصول الفقه.

لذلك رأيت من الضروري أنْ أقدِّم بين يدي هذه السلسلة الفقهية **مدخلاً فقهياً عاماً** يشتمل على ثلاثة أقسام:

١ ـ مقدمة تعريفية وتاريخية عن الفقه الإسلامي، ومصادره، ونشأة المذاهب الاجتهادية فيه، وأسباب اختلافاتها، وقيمة تلك الاختلافات في الثروة التشريعية، وحركة التدوين فيه، وطبقات مؤلفاته إلى بروز المجلة، وعن سَعَة هذا الفقه الإسلامي بمجموع اجتهاداته، وعن تطوره وصلوحه لوفاء حاجات العصور إذا أريدت الاستفادة منه، وجاد عليه الباحثون المعنيون بخدمة جديدة وحراثة حديثة يجود على أثرها بما في مناجمه من ثروة دفينة، ومعادن ثمينة.

٢ ـ النظريات الأساسية في مباني الأحكام الفقهية.

وهي النظم والركائز التأسيسية الكبرى التي تعتبر دعائم الفِقه وأركانه وأشرنا آنفاً إلى ضرورة جمعها وتصدير الفقه بها.

٣ ـ القواعد الكليَّة التي صدرت بها المجلة مرتبة ترتيباً جديداً وموضَّحة بشرح موجز.

وقد جعلت لهذه السلسلة اسماً عاماً متسلسلاً تشترك فيه جميع أجزائها وهو:

الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد

ثم جعلت لكل جزء عنواناً خاصاً به يدل على موضوعه ومباحثه:

فالجزءآن الأول والثاني هما: **المدخل الفقهي العام.**

والجزءالثالث هو: **المدخل إلى النظرية العامة للأحكام المدنية في الفقه الإسلامي** وهو بمثابة باب تمهيدي لصياغة تلك النظرية العامة الجامعة، ويشتمل على ثلاثة فصول تلقي نظرة عامة على فكرة الحق والالتزام والأموال والأشخاص في الفقه الإسلامي.

والجزء الرابع هو: **النظرية العامة للأحكام المدنية في الفقه الإسلامي** على غرار النظرية العامة للالتزامات في الفقه الأجنبي[(١)].

---

(١) الجزء الرابع هذا (الذي موضوعه عرض النظرية العامة للحقوق والالتزامات في الفقه الإسلامي)، لم يصدر بسبب صدور القانون المدني السوري الذي حلَّ محل مجلة الأحكام العدلية، وانصرافنا إلى تدريس النظرية العامة في القانون المدني المذكور.
لكني فيما بعد نشرت بعض مضامين النظرية العامة، منفصلة، فمن ذلك:
١ ـ نظرية التعسُّف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية (صياغة قانونية لها لمشروع قانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي).
٢ ـ الفعل الضار (من مصادر الالتزام) مؤصَّلاً ومستمداً من الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة.
وقد كانت أُلِّفت لجنة خبراء بجامعة الدول العربية (بالدائرة القانونية) لوضوع مشروع قانون مدني موحَّد للبلاد العربية على أساس الفقه الإسلامي، في أواخر السبعينيات وأوائل الثمانينيات، وكنت أحد أعضائها، فوضعنا مشروعاً للنظرية العامة كاملة، نصوصاً وتأصيلاً، ومما قدمته أنا فيها:
١ ـ الباب التمهيدي عن الحق والالتزام والأشخاص، وفيه نظرية التعسُّف المشار إليها.
=

وبتمام هذه الأجزاء الأربعة إن شاء الله ـ وهي تتضمن المباحث والأحكام العامة ـ تبرز النظرية العامة للأحكام المدنية في فقهنا الإسلامي كاملة، وتقوم على قدميها موطَّأة الأكناف محبوكة الأطراف، بمثل طريقتها المعروفة اليوم في الفقه القانوني الحديث، مع مَدْخَلَيْن عظيمَيْن هامَّيْن.

ثم في الأجزاء التي تتلو تلك الأربعة من السلسلة، نبحث عن **العقود المسماة** مرتبة ومعالجة بالأسلوب الموضوعي الحديث مبتدئين من عقد البيع، فتظهر أيضاً التطبيقات الفقهية لتلك المبادىء والأحكام العامة في العقود الخاصة.

وقد أخذت نفسي بعزو الأحكام إلى مصادرها الأصلية ومواقعها من كتب الفقه، إلا ما كان مشهوراً غير محتاج إلى عزو، وذلك لكي يتمكن القارىء من الرجوع إلى تلك المصادر الفقهية، ولا يكون في هذا الأسلوب الجديد ما يجعل الطالب غير قادر على الرجوع إلى المنبع الفقهي في كتبه القديمة الأساسية، والاستفادة منه.

وإنَّ هذا العمل التجديدي في طريقة عرض الفقه الإسلامي بالانتقال من الشكل الفروعي إلى الشكل الموضوعي يقتضي أن تتعاون عليه جهود جماعة من الأساتذة العلماء المطَّلعين على الفقه الإسلامي وعلى علم القانون الحديث في مصادره وأساليبه الأجنبية، كما يقتضي من الوقت ما يروي الرويَّة في التخطيط والإحاطة والترتيب والتهذيب والتنقيح.

= ٢ ـ الفعل الضار من مصادر الالتزام الآنف الذكر.

وقد نشرت في آخره نصوص النظرية العامة كاملة (الباب التمهيدي، ومصادر الالتزام، ثم الأحكام حتى انقضاء الالتزام وأسباب انقضائه).

ثم توقفت الدائرة القانونية عن متابعة مشروع القانون المدني الموحَّد مؤصَّلاً تأصيلاً كاملاً على الفقه الإسلامي بالصورة المثالية التي وضعنا بها النظرية العامة. ولذلك نشرت أنا عندئذ نصوص النظرية العامة في آخر كتابي المذكور (الفعل الضار) كيلا تضيع ثمرات هذا العمل المجيد.

وهذا عمل أجل وأعظم من أن يقوم به فرد، ولكن الحاجة الملحة إلى السرعة ومسابقة الزمن قَضَت بأن أُقدم على حمل هذا العبء الثقيل الذي ينوء بالعُصْبة أولي القوة، فأجمع بين التهيئة والإلقاء والتحرير والإخراج، في مبدأ عملي بقدر طاقتي في جميع أجزاء الكتاب في وقت واحد، سداً لحاجة الصفوف الثلاثة معاً في كليّة الحقوق السورية.

ومن الله تعالى أستمد العون، وعلى الله قَصْدُ السبيل، وهو حسبي ونعم الوكيل(١).

دمشق في ٨ من صفر/١٣٥٤ هـ

٢٢ من كانون الثاني /١٩٤٥ م.



(١) قد احتجنا إلى تجديد طبع هذا المدخل قبل تمامه حتى تمّ بالطبعة الثالثة.
وقد نقلنا في هذه الطبعة عن كتب حديثة ظهرت بعد الطبعة الثانية لهذا الكتاب، أو ظهرت قبيل ذلك، ولكني اطلعت عليها أخيراً، ككتاب «أبو حنيفة»، وكتاب «مالك»، وكتاب «ابن حنبل»، وكتاب «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية» للأستاذ المحقق الشيخ محمد أبي زهرة، وككتاب «الحق والذمّة» للأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف، وكلاهما من أساتذة الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق من جامعة القاهرة، وككتاب «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» للأستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني أستاذ المجلة والقانون الروماني في الجامعة الأميركية ببيروت.
هذا، وبما أنّ القانون المدني السوري صَدَر خلال الطبعة الثالثة أيضاً، لذلك نقلنا عنه وعزونا إليه أشياء مع أنه صدر سنة/١٩٤٩ م بعد تأليف هذا الكتاب، كما سبقت الإشارة إليه في مقدمة الطبعة الثالثة.

تقسيمات هذا الكتاب، ورموزه واصطلاحاته

في هذا الترتيب الجديد صارت الوحدات الأساسية الصغرى المكونة للكتاب هي الفصول. وكل مجموعة فصول متناسبة الموضوع تؤلف باباً، وكل مجموعة أبواب متناسبة الموضوع تؤلف قسماً.

والفصول ذات أرقام متصلة متسلسلة من أول الكتاب إلى آخره: فالباب الأول التمهيدي مثلاً يضمُّ الفصول (١ ـ ٣). يليه الباب الثاني الذي يبدأ بالفصل/ ٤/ وينتهي بالفصل/ ٨/ ، ليبدأ بعده الباب الثالث بالفصل/ ٩/ . وهكذا.

وكذلك الأبواب هي ذات أرقام متصلة متسلسلة من أول الكتاب إلى آخره فالقسم الأول من الكتاب ينتهي بالباب الرابع، ليبدأ بعده القسم الثاني من الباب الخامس. . وهكذا. . .

وهذه الطريقة الحديثة في التقسيم هي أيسر كثيراً على القارىء، وأسهل في الإحالة من الطريقة التفريعية المتنازلة المتداخلة التي جَرَت عليها سائر طبعات المدخل السابقة.

وقد جعلنا مقاطع الكلام ومحطات البحوث مفصَّلة ومميزة بفِقْرات ذات أرقام متسلسلة ضمن الفصل الواحد إعانة للقارىء، وتسهيلاً للإحالة والمراجعة.

وقد استعملنا في العزو والإحالة اصطلاحات نوضحها فيما يلي:

١ ـ الرقمان بعد اسم سورة من القرآن أولهما للسورة والثاني للآية فيها. فإذا كان بعد اسم السورة رقم واحد فهو للآية.

٢ ـ حرف الراء المجردة هو فعل أمر من الرؤية بمعنى: انظر.

٣ ـ حرف الفاء المتلو برقمين هو رمز إلى الفصل، ثم أول الرقمين عائد إلى الفصل، والرقم الثاني للفقرة المقصودة فيه.

مثال: (ر: ف١٧/٦) معناه انظر الفصل السابع عشر ـ الفقرة ٦ منه).

٤ ـ حرف الميم مسبوقاً باسم كتاب ذي مواد متسلسلة كمجلة الأحكام العدلية يراد به المادة ذات الرقم من الكتاب المذكور. وقد نستغني في هذه الحال عن الميم، مثل (ر: المجلة/ ٢٧٠)، أي انظر المادة/ ٢٧٠ من مجلة الأحكام العدلية.

٥ ـ حرف الجيم (ج) رمز للجزء من كتاب ذي أجزاء متعددة، وحرف الصاد (ص) رمز للصفحة. وقد نكتفي بذكر رقم الجزء ورقم الصفحة فقط مفصولاً بينهما بخط مائل هكذا مثلاً: (البدائع ٥/ ٦٧) فالرقم الأول للجزء، والثاني للصفحة. وإذا كان الكتاب جزءاً واحداً فالرقم بعده للصفحة.

٦ ـ حرف القاف مع الميم (قم) متلواً برقم هو رمز للقانون المدني السوري الجديد، والرقم للمادة المقصودة منه.

٧ ـ إذا ذكرنا في العزو والإحالة إلى المواد أو الصفحات أو الفقرات رقمين بينهما خط أفقي هكذا مثلاً: (١٦ ـ ٢٠) فالمراد شمول الإحالة أيضاً جميع ما بين الرقمين المذكورين من أرقام متسلسلة.

٨ ـ حيثما عزونا إلى صفحة من كتاب «الدر المختار»، وحاشيته «رد المحتار» دون تعيين الطبعة، فالمراد الطبعة الأولى الأميرية ذات القطع الكبير.

وإذا عزونا إلى «تنقيح الفتاوي الحامدية» فالمراد الطبعة الكاستلية سنة/ ١٢٨٠ هـ.

وإذا عزونا إلى كتاب «الدرر شرح الغرر» فالمراد طبعة اسطنبول.

٩ ـ عند تكرار العزو إلى كتاب بعد فاصل قصير إذا وضعنا بعد اسم الكتاب كلمة (أيضاً) فمعناه: نفس الجزء والصفحة المعزو إليهما منه قبل ذلك.

(مثال) ـ فإذا قيل مثلاً: (ر: ج ٣ ف/ ٢٧/ والمجلة/ ٢٥٠/ وقانون الأحوال الشخصية م/ ٥٠ ـ ٥٥/ ورد المحتار ٣/ ٢٠٠/ وقم/ ٣٨٤) فمعناه:

انظر الفقرة/ ٢٧/ من الجزء الثالث من هذا الكتاب، والمادة/ ٢٥٠/ من المجلة، والمواد من ٥٠ إلى ٥٥ من قانون الأحوال الشخصية، والصفحة/ ٢٠٠/ من الجزء ٣ من رد المحتار، والمادة/ ٣٨٤/ من القانون المدني السوري.

١٠ ـ الحواشي المميزة بنجم (*) بجانب رقمها غير مطلوبة من الطلاب، بل هي لمن يريد التعمق نظير الملحقات في أواخر الفصول.

* * *

القِسمُ الأوَّل

مُقدِّمة تعريفيّة وتاريخيّة للفقهِ الإسلامي

البَابُ الأَوَّل

تَمهيدٌ، وَتَعْريفٌ، وَتَقْسِيمٌ

مخطط الباب الأول

الفصل الأول

تمهيد

نظرة عامة إلى الشريعة الإسلامية
بين يدي هذه السلسلة الفقهية

١ ـ ضوء على الشرائع الوضعية بوجه عام.

٢ ـ ضوء على الشرائع الإلهية.

٣ ـ الإطار العام للشريعة الإسلامية أو نظام الإسلام.

٤ ـ النظام القانوني في الشريعة الإسلامية.

٥ ـ أهم المبادىء الأساسية في هذا النظام القانوني من الشريعة الإسلامية.

أولاً ـ قسم الحقوق الخاصة:

أ ـ في حقوق الأسرة (الأحوال الشخصية).

ـ في الزواج وانحلاله وآثارهما.

ـ الولاية والوصاية.

ـ الميراث.

ب ـ في الحقوق المدنية (المعاملات).

ج ـ في الحقوق الجنائية (الجرائم والعقوبات).

ثانياً ـ قسم الحقوق العامة:

أ ـ في الحقوق الداخلية.

ـ في الناحية الدستورية

ـ في الناحية الإدارية.

ـ في الناحية المالية العامة.

ب ـ في الحقوق الخارجية (الدولية العامة).

- ١ -

ضوء على الشرائع الوضعية بوجه عام

١/١ - إنَّ الشرائع الوضعية، أو القوانين في المجتمعات البشرية البدائية، تتكون تدريجياً في صورة عادات وأعراف. ثم إذا ارتقت حياة الأمة ومداركها ومعارفها وأصبحت لها سلطة حاكمة وسيادة، تلجأ إلى تقنين Codification تلك العادات وتجعل منها نظاماً آمراً في أعمال الناس ومعاملاتهم وعلائقهم. فيحل القانون محل تلك العادات وينسخ اعتبارها، فيلغي منها ما يرى غير صالح، ويثبت ما يرى صالحاً، وتصبح العبرة لنصوص القانون وروحه ومقاصد شارعه.

ثم يرتقي التشريع فيضع الأسس الحقوقية، والقواعد القانونية العامة تاركاً للأعراف والعادات تخطيط الحدود الفاصلة للحقوق والالتزامات المتقابلة في التفاصيل الجزئية التي يعسر على الشارع استقصاؤها بالنصوص. وليس من المستحسن فيها ذلك الاستقصاء.

وهكذا بارتقاء التشريع ودخوله في طور تقعيد القواعد العامة يعود للعرف والعادات اعتبار في نطاقٍ تقوم فيه بوظيفة المساعد للقانون، غير ميدانها الأول الذي كانت فيه هي القانون.

٢/١ - وأهم مراحل الرقيِّ التشريعي هي المرحلة التي تجسّد فيها الإرادات الحقوقية المسماة بالعقود، وتنظِّم وتحترم نتائجها، وتطلق فيها حرية التعاقد والمشارطات في كل ما لا يخل بالنظام العام والآداب، ومقاصد الشارع الأساسية.

ثم في الأمم ذات التراث التشريعي الراقي يوجد إلى جانب نصوص القوانين، فقه للعلماء المتشرّعين (أي نظريات حقوقية وشروح)، واجتهاد للقضاة في فهم النصوص وتطبيقها والقياس عليها بصورة توسّع استيعاب النصوص المحدودة إلى آفاق غير محدودة، بمراعاة العلل التي راعاها الشارع، وتحكيم دلائل نصوصه.

١/٣ ـ فالشرع بوجه عام في أمة من الأمم ليس إلا صورة صحيحة لحياة اجتماعية واقعية. وهدفه العام فيها إقامة العدل وحفظ التوازن في الحقوق والالتزامات، وصيانة حقوق الناس الفردية، ومصالح المجتمع بقواعد قانونية. وهذه القواعد تكون وقتية غير صالحة للخلود إذا كانت تعبِّر عن أوضاع خاصة عرفية إقليمية، وتكون صالحة للخلود إذا كانت تعبِّر عن مفاهيم وحقائق مُسَلَّمة ثابتة عالمية، كقاعدة منع الضرر وإيجاب التعويض عنه، وقاعدة عدم سريان حكم العقد على غير عاقديه، وعدم تأثيره في حقوق الغير...

فالتشريع دائماً في الأمة هو كالأدب فيها كلاهما يعطي صورة عن واقع اجتماعي واقتصادي في الأمة، ويعبِّر عما وصَلَت إليه الحياة فيها من التطور والإدراك الاجتماعي. وبقدر ما فيه من قواعد ذات مفاهيم تشريعية عامة عالمية الاعتبار، وبقدر ما فيه من توجيه للأمة نحو الإصلاح المستمر، تكون درجة رقي ذلك الشرع، وصلاحية مبادئه للخلود.

١/٤ ـ وليس اختلاف الشرائع بين الأمم إلا تعبيراً عن الاختلاف في الحياة الاجتماعية والاقتصادية فيما بينها؛ وفي الأهداف التي تتجه نحوها هذه الحياة، وفي المثل العليا Idéals التي تستلهمها الأمة وتستوحيها من عقيدتها. فعندما تبلغ الأمة ذروة الرقي الفكري تبلغ تلك القواعد التشريعية لديها منتهاها من الرقي والقوة وتتمتع بالخلود. فالأمة الرومانية مثلاً لما كانت تعيش حياة منعزلة عن العالم، منكمشة على عادات خاصة بها كانت قوانينها مجرد عادات، ثم شرعاً موقتاً لحياة محدودة. ولما خرجت من موطنها الأصلي واندفعت نحو الشرق، وحكمت عناصر أخرى من الناس، اضطرت للخروج من نطاق شرعها الضيّق، فتطوّر وتوسّع ولكنه بقي موقوتاً غير صالح للخلود، إذ كان لهم شرعان: أحدهما يتمتع به الرومان الأصليون، والآخر الأجانب. حتى إذا بلغوا مستوى عالياً في الرقي المدني والفكري بعد القرن الثالث للميلاد، وثبّتوا قدمهم الثانية في الشرق الأوسط مهد الحضارات القديمة

والشرائع والأديان، بعد أن هذّبتهم المبادىء الإنسانية العامة التي خلَّفتها تعاليم السيد المسيح عليه السلام، بلغ عندئذ تفكيرهم التشريعي منتهى رقيِّه، فقام الامبراطور جوستنيان في القرن الخامس الميلادي بتقنين الشرع الروماني وتحريره من جديد، فأصبح أساساً لمعظم الشرائع الأوربية إلى هذا اليوم.

١/٥ ـ ننتهي من هذه النظرة الخاطفة في القانون الوضعي بوجه عام إلى الحقيقة التالية: إنَّ التشريع بوجه عام له ثلاث وظائف كبرى في الأمة: العلاج، والوقاية، والتوجيه:

- فهو علاجٌ للعلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقعة.

- وهو وقايةٌ من العلل والمشكلات المتوقعة.

- وهو توجيه وتمهيد لاستمرار التكامل حتى يبلغ تنظيم الحقوق والالتزامات والمصالح مستواه الأكمل، كما يبلغ صاعد الجبل ذروته تدريجياً إذا استمر في اتجاهه إليها.

ولكي تتحقق هذه الوظائف الثلاث في التشريع يجب أن يكون إلزامياً، Obligatoire، وإلا كان من قبيل المواعظ والإرشادات الأخلاقية.

ثم لكي تضمن له الطاعة في العمل والتطبيق يحتاج الشرع الأصلي إلى نوع إضافي من الأحكام التشريعية يسمى: المُؤَيِّدات Sanctions وهي: إمَّا زواجر مدنية كبطلان العقود المخالفة للنظام، وإما عقوبات تأديبية كالسجن والغرامات على الجرائم العدوانية لكي يضطر المكلَّف إلى التزام حدود الطاعة.

على أنه إذا كان الشرع يفترق عن المبادىء الأخلاقية من ناحية القوة الإلزامية، فإنه دائماً يفتقر في التطبيق إلى الأخلاق التي يفترق عنها في المفهوم. ذلك لأنَّ باب الاحتيال على القانون لا يمكن سدُّه في وجه الأذكياء من الناس الذين يقف القانون حائلاً دون منافعهم ومطامعهم غير المشروعة إلا إذا توافرت الأخلاق الفاضلة لديهم، حتى تصبح أحكام القانون محترمة مقدَّسة في نفوسهم، فلا يستبيحوا هضم حقوق الغير أو

حقوق الدولة ولو استطاعوا أن ينفذوا إلى مطامعهم من مداخل بعيدة عن رقابة القضاء، آمنة من طائلته وسلطانه.

ومن هنا يتضح مدى الصلة الوثيقة والتساند بين التشريع من جهة وبين التربية العقلية والاجتماعية والأخلاقية من جهة أخرى.

بعد هذه النظرة الإجمالية العجلى في القانون بوجه عام، وفي عناصره وصفاته الكمالية، ننتقل إلى الكلام عن الشرائع الإلهية، ثم الشريعة الإسلامية لنرى موقعها من عناصر الكمال التشريعي ونصيبها منها.

- ٢ -

ضوء على الشرائع الإلهية

٦/١ - إلى جانب الشرائع الوضعية توجد الشرائع الإلٰهية عن طريق الرسل الذين يحملون وحي الله تعالى إلى البشر هادين مصلحين مقوِّمين لخط السير الإنساني المنحرف.

وهذه الشرائع الإلهية ثلاثة أنواع:

- نوع يأتي للتقويم الأخلاقي وتصفية النفوس، ودعم الفضيلة ولا يتضمَّن نظاماً قانونياً على غرار الشرائع الوضعية، وذلك كالمسيحية.

- ونوع يتضمن نظاماً قانونياً خاصاً ببيئة أو قوم كالشريعة اليهودية التي جاء بها سيدنا موسى عليه السلام لبني إسرائيل، وتضمنَّت نظاماً قانونياً وأحكاماً عملية قضائية تتناسب مع الظرف الزماني والمكاني الذي كانوا فيه.

- ونوع يتضمن نظاماً قانونياً مؤسَّساً على أساس الشمول والصلوح لجميع البيئات والظروف لأنه يشتمل على المبادىء الثابتة، وعلى التدابير الموقوتة والأحكام الاستثنائية لأحوال الضرورات، وعلى الأحكام المربوطة بالأعراف والظروف الخاصة، وتتبدل وتتطور بحسب تبدل تلك الأعراف وتطور الظروف مع المحافظة على الفكرة الأساسية فيها وهي العدل والإنصاف.

وهذا النوع الثالث هو الشريعة الإسلامية التي جاءت بعد سوابقها دعوة للبشر كافة حينما وصل التطور والاستعداد الفكري عند البشر إلى درجة كافية لتلقي مثل هذه الأحكام النهائية في صورة مبادىء وقواعد كلية ثابتة، وتركت إلى جانب تلك المبادىء والكليات مجالاً واسعاً للاجتهاد في التفصيل، ونصيباً كبيراً للعقل في التطبيق؛ وَقَرنت الأحكام بعللها وأسبابها كي يفهمها المكلَّفون ويتمكنوا من القياس عليها بعقولهم، وفقاً لمقاصد الشريعة في العدل والإحسان، وجلب المصالح ودرء المفاسد.

ـ ٣ ـ

الإطار العام للشريعة الإسلامية، أو نظام الإسلام

١/٧ ـ الشريعة الإسلامية هي مجموعة الأوامر والأحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الإسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الإصلاحية في المجتمع.

فللإسلام ثلاثة أهداف إصلاحية أساسية مرتَّبة، كل منها نتيجة لما قبله وأساس لما بعده:

أ) ـ تحرير العقل البشري من رقّ التقليد والخرافات، وذلك عن طريق العقيدة والإيمان بالله وحده، وتوجيه العقل نحو الدليل والبرهان والتفكير العلمي الحر. ولذا كافح الإسلام الوثنية في شتى صورها لأنها انحطاط في العقل وعماوة في البصيرة، وأسَّسَ العقيدة في الله تعالى وصفاته الواجبة وفي اليوم الآخر على أساس الدليل العقلي البسيط من شواهد الكون ودلائله. حتى جاءت عقيدة الإسلام منطقية واضحة لا تعقيد فيها ولا تحكم، ليس فيها ما يناقض العقل، وإن كان فيها ما تخفى حكمته من أمور الغيب وإرادة الله تعالى مما لا يمكن أن تخلو منه شريعة إلهية.

ب) ـ إصلاح الفرد نفسياً وخلقياً، وتوجيهه نحو الخير والإحسان والواجب كي لا تطغى شهواته ومطامعه على عقله وواجباته. وذلك بممارسة الفرد للعبادة المشروعة التي تذكره بخالقه، وبعقيدة الثواب

والعقاب في الآخرة لكي يكون المؤمن في مراقبة دائمة لأعماله، حريصاً على عدم التقصير في واجباته.

ج) ـ إصلاح المجتمع أي الحياة الاجتماعية بصورة يسود فيها النظام والأمن العام، والعدل بين الناس، وصيانة الحريات المعقولة، والكرامة الإنسانية.

ولتحقيق هذا الهدف الاجتماعي الأخير جاء الإسلام بنظام مدني يتضمن تشريعاً شاملاً جميع الأسس القانونية اللازمة لإقامة حياة اجتماعية في دولة، وتنظيم علائق الناس بعضهم مع بعض، وعلائقهم بالسلطة الحاكمة، وصيانة الحقوق الخاصة للأفراد، والحقوق العامة للجماعة.

من هذه الأهداف الثلاثة في الإسلام يتحدَّد معنى الشريعة الإسلامية ويتَّضح أنها تقوم على ثلاث دعائم: عقيدة عقلية، وعبادة روحية، ونظام قانوني قضائي. وهذا هو المعنى المراد عندما يقال: إنَّ الإسلام دين ودولة.

هذا ويجب التفريق بين النظام والتطبيق؛ إذ لا ينكر أنه في الواقع العملي والتاريخي كثيراً مايساء فهم الحقيقة الإسلامية في بعض هذه النواحي الثلاثة، أو يساء تطبيقها، فتظهر صورة مشوهة.

إنَّ هذه الناحية الثالثة، وهي النظام القانوني من الشريعة الإسلامية، هي وحدها المقصودة هنا في هذه السلسلة الفقهية، سلسلة (**الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**).

ـ ٤ ـ

النظام القانوني في الشريعة الإسلامية

٨/١ ـ إنَّ النظام القانوني القضائي في الشريعة تضمن قواعد وأحكاماً أساسية في كلا الميدانين: ميدان الحقوق الخاصة بفرعيها المدني والجنائي، وميدان الحقوق العامة بفرعيها الداخلي والخارجي، أي الدستوري، والإداري، والمالي، والدولي.

وفي جميع هذه الزمر قد أتت نصوص الشريعة الإسلامية الأصلية في القرآن والسنة النبوية بمبادىء أساسية، وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية والإمكانيات المكانية، إلا قليلاً من الأحكام تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات.

وحول تلك المبادىء القانونية في ميادينها المختلفة، ونتيجة للتطبيق في البلاد الإسلامية التي واجه فيها المسلمون آثار مدنيات قديمة، وبنتيجة تطور الظروف الاقتصادية المختلفة، نشأ فقه تفسيري وتفصيلي عظيم حول النصوص الأصلية في الشريعة (الكتاب، والسنة النبوية) باجتهاد الفقهاء الشرَّاح، والقضاة الحاكمين. وكان هذا الفقه الإسلامي أعظم وأوسع فقه قانوني عرف إلى اليوم في تاريخ الشرائع. وقد نشأت فيه مذاهب فقهية قانونية كثيرة، أشهرها المذاهب الأربعة الحيَّة إلى اليوم وهي الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي. فالاختلاف بين هذه المذاهب ليس اختلافاً دينياً، بل هو اختلاف قانوني قضائي نشأ منه ثروة تشريعية عظمى في نظريات الفقه الإسلامي.

ـ ٥ ـ

أهم المبادىء الأساسية

في هذا النظام القانوني من الشريعة الإسلامية

المطلب الأول

قسم الحقوق الخاصة

أ ـ في حقوق الأسرة (الأحوال الشخصية)

١/٩ ـ أتت الشريعة الإسلامية في القسم القانوني منها بنظام شامل لتنظيم جميع أوضاع الأسرة وعلائقها المسماة اليوم بالأحوال الشخصية Statuts personnels فبدأت أولاً بإنقاذ المرأة من الوضع المهضوم الذي كانت عليه في أسرتها، إذ كانت المرأة لا تتمتع بحق الحياة فضلاً عن غيره من الحقوق. فحرَّم القرآن قتل البنات المعتاد في جاهلية العرب، ونَدَّد القرآن به

أشدَّ تنديد. وهذا، كما يقول الأستاذ مونته Montet عميد جامعة جنيف في مقدمة ترجمته للقرآن: «كافٌ لأن يضمن لمحمد اسماً لا ينسى بين المصلحين بالنسبة إلى عصره».

ولم تكتف الشريعة بهذا المقدار، بل اعتبرت للمرأة جميع الأهليات الحقوقية التي للرجل، فقررت لها حق الإرث الذي كانت محرومة منه، كما قررت لها الحرية في الزواج واختيار الزوج، وأهلية الوصاية على أولادها أو غيرهم، وحق إدارة أموالها واستثمارها وسائر التصرفات دون أي سيطرة عليها في شيء من ذلك للرجل من قريب أو زوج.

وقد احتفظت الشريعة للرجل بالسلطة العليا في تدبير شؤون الأسرة لأنه أقدر على ذلك دون مساس بالحقوق الخاصة للزوجة.

ثم إنَّ الشريعة نظمت سائر حقوق الأسرة تنظيماً جديداً دون تقيُّد بشيء من الحقوق العرفية التي كانت عليها الأسرة قبل الإسلام. وشمل هذا التنظيم حقوق الأسرة بمراحلها الطبيعية الثلاث:

١ ـ الزواج وانحلاله ونتائجهما الواسعة النطاق.

٢ ـ الولاية والوصاية على القاصرين بسبب الصغر أو الخلل العقلي.

٣ ـ الميراث.

وسنشير بإيجاز إلى بعض الملاحظات والأسس الهامة في كل من هذه الأحوال الثلاث.

ونشير الآن سلفاً إلى أنَّ الشريعة الإسلامية تحتفظ لرعايا الدولة الإسلامية من غير المسلمين بأن يطبقوا فيما بينهم أحكام ديانتهم في أحوالهم الشخصية نظراً لاتصال هذه الأحوال بالديانة التي تصون الشريعة لكل طائفة حريتها فيها.

١ ـ في الزواج وانحلاله وآثارهما

انعقاد الزواج:

١/ ١٠ ـ جعلت الشريعة الزواج عقداً مدنياً محضاً كسائر العقود، فينعقد ويتم وينتج جميع نتائجه بمجرد اتفاق الإرادتين بمحضر شاهدَيْن دون توقف على مداخلة مرجع ديني، لأنه لا يوجد في الإسلام طبقة رجال دين لهم سلطة دينية ليست لغيرهم. ففي شريعة الإسلام لا وساطة لأحد بين الله والناس. حتى إنَّ النبي نفسه وهو الذي جاء بالشريعة تنحصر مهمته الدينية في التبليغ، وسلطته الزمنية في التطبيق، كما يقول القرآن له: ﴿فَإِنَّمَا عَلَيْكَ ٱلْبَلَـٰغُ﴾، ﴿إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرٌۖ وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادٍ﴾.

فليس للنبي نفسه سلطة دينية يحكم فيها بمصير شخص عند ربه. بل كل شخص يُدخله في الدين إيمانه، ويُخرجه جحوده. والنبيُّ عليه الصلاة والسلام يقول لابنته: «يا فاطمةُ بنت محمدٍ، سليني ما شئت من مالي، لا أغني عنك من الله شيئاً»[١] ففي الإسلام إنما يميز بين الناس في النظر الديني بميزة العلم والعمل. فالأعلم بأحكام الشريعة (وهي أحكام مقررة مكتوبة معلنة غير سرية) أياً كان الشخص الأعلم بها هو أحق بالتكلم فيها، ورأيه خاضع للنقد والوزن بميزان النصوص الشرعية الثابتة.

ففي ظل هذا الوضع لا يُتصوَّر أن يكون الزواج في الإسلام دينياً بالمعنى المعروف للزواج الديني اليوم (وهو توقف انعقاده ونتائجه في نظر الديانة على مداخلة أحد من أصحاب السلطة الدينية في إجراءاته) وبذلك تكون الشريعة الإسلامية أول مؤسِّس للزواج المدني الذي أخذت به جميع الدول ذات الشرائع الوضعية الحديثة.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه (٤٧٧١) في كتاب التفسير، ومسلم (٢٠٦) في الإيمان، والترمذي (٣١٨٤) في التفسير، والنسائي (٣٦٤٨) في الوصايا.

القرابة المانعة للزواج:

١/١١ ـ أما القرابة المانعة للزواج فبالنسبة إلى أقارب الشخص نفسه يمتنع زواجه بأحد أصوله أو فروعه أو فروع أبويه (أي الإخوة وأولادهم) مطلقا، وبالطبقة الأولى من فرع أجداده. فبنت العم وبنت الخال يجوز تزوجهما.

وبالنسبة إلى أقارب أحد الزوجين يمتنع على كل منهما التزوُّج بأحد أصول الآخر أو فروعه.

وهنا تأتي مسألة تعدُّد الزوجات. وهي مسألة معقدة الارتباطات والاعتبارات. وقد اختار الشرع الإسلامي فيها موقفاً وسطاً بين الإباحة المطلقة والمنع المطلق، فأباحه ضمن حدود وشرائط ناظراً إلى الأمر الواقع والحقائق الاجتماعية والضرورات الملجئة المتوقعة.

نتائج الزواج:

١/١٢ ـ ينتج الزواج في حكم الشريعة وجائب مالية وغير مالية:

أ) ـ فمن حيث الوجيبة المالية، يكلَّف الرجل بنفقة الزوجة والأولاد بالقدر المتعارف في مستوى معيشة أمثال الزوج. ولا ينتج الزواج أي وجيبة مالية على الزوجة، كي تتفرغ لإدارة المنزل وتدبير الحياة الداخلية وتربية الأولاد.

ب) ـ ومن الناحية غير المالية توجب الشريعة على المرأة طاعة الرجل ضمن الحدود الشرعية، كما توجب عليها متابعته والسكنى معه. وتوجب الشريعة على كل منهما معاشرة الآخر بالحسنى والمودة. أما نسب الأولاد فكما يترتب على الزواج الصحيح يثبت أيضاً في الزواج غير الصحيح صيانة لحق الأولاد. وقد منعت الشريعة البنوّة الوهمية بطريق التبني: Adoptation وحصرت البنوّة وحقوقها بطريق التناسل الحقيقي.

انحلال الزواج:

١/١٣ ـ سوَّغت الشريعة انحلال الزواج بين الزوجين بالطلاق اجتناباً لمحاذير إلزامهما باستمرار الزوجية عند التنافر. ولكن الشريعة حفَّت الطلاق

بالزواجر الدينية لأجل عدم استعماله إلا عند الضرورة الموجبة. وقد وصف النبي ﷺ الطلاق بأنه «أبغض الحلال إلى الله»[1].

وقد جعلت الشريعة الطلاق مبدئياً بيد الرجل لأنه بذلك يكون أقل ممارسة من جعله بيد كل منهما، ولا سيما أنَّ الزواج في الإسلام يكلف الرجل مالاً يدفعه للمرأة يسمى: مَهْراً. ولكن الشريعة فسحت للمرأة مجالاً للتخلُّص من الزوجيَّة بطريق القضاء في حالات عديدة، منها ما إذا أساء الرجل معاملتها.

نتائج انحلال الزواج:

١/ ١٤ ـ رتبت الشريعة على انحلال الزواج بالموت أو بالطلاق تربص مدة معينة لا يجوز خلالها للمرأة أن تتزوج، كي يتحقق فراغها من الحمل، منعاً لاختلاط الأنساب وضياعها. وهذه المدة تسمى: العِدَّة وهي في حال الطلاق لها ارتباط بالحيض ولا تتجاوز عادةً ثلاثة أشهر. وفي حال وفاة الزوج أربعة أشهر وعشرة أيام. فإذا ظهر حمل لدى المرأة لا يجوز زواجها إلا بعد أن تضع حملها.

٢ ـ الولاية والوصاية

١/ ١٥ ـ ميَّزت الشريعة بين الولاية والوصاية. فالولاية سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة بشخصه. وهذه قررت لها الشريعة نظاماً خاصاً يرجح فيه **للولاية** الأقرب فالأقرب إلى القاصر بشرطَ أن يكون الولي ذا أهلية، وحَسَنَ التصرف. فالأب مقدم على الجد، والأخ يقدَّم على العم، وهكذا..

أما الوصاية فهي سلطة إدارية على مال القاصر لحفظه وإدارته

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، والحاكم ٢/ ١٩٦، والبيهقي ٧/ ٣٢٢ من حديث محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما. قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» ٣/ ٢٠٥: «ورواه أبو داود والبيهقي مرسلاً ليس فيه ابن عمر، ورجح أبو حاتم والدارقطنيُّ في «العلل» والبيهقيُّ: المرسل».

واستثماره. وهذه يرجح فيها أولاً من يختاره الأب قبل وفاته وصياً على أولاده. ثم الجد ومن يختاره قبل وفاته كذلك، فإن مات الأب دون أن يوصي إلى أحد يعود للقاضي حق نصب وصي على القاصرين.

وللأوصياء صلاحيات ومسؤوليات شرعية مفصَّلة. والوصيُّ مسؤول أمام القضاء عن كل تقصير أو خيانة.

وفي أواخر العهد العثماني قُيِّدت صلاحيات الأوصياء بنظام خاص وَرُبطوا بمجلس يؤلَّف برئاسة القاضي الشرعي لما كثرت حوادث قلة الأمانة. وهو تدبير توجبه الشريعة بحسب مقتضى الحال ويدخل في سلطة ولي الأمر وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة.

٣ ـ الميراث

١٦/١ ـ أقرَّت الشريعة الميراث بين الزوجين وبين الأقارب بقواعد وأحكام جديدة تماماً بالنسبة إلى جميع الأعراف والشرائع. وبنته على الأسس التالية:

١ ـ الإرث جَبْري بحكم الشرع بإرادة المورِّث. فليس للمورِّث حرمان وارثه الشرعي من حق الإِرث، وإن كان يستطيع في حياته أن يتصرف بجميع ماله. حتى إنَّ الزوج إذا طلق زوجته في مرض موته دون رضاها اعتبر ذلك منه إساءةً لاستعمال حق الطلاق، ودليلاً على قصد التهرب من إرثها، فيثبت لها حق الإرث شرعاً.

وإذا كان الإرث جبرياً فليس معنى ذلك أنَّ الوارث يتحمَّل ديون المورِّث كما في بعض الشرائع الحديثة اليوم. فالإِرث في الإسلام شُرِعَ نعمة للوارث لا نقمة عليه، ولكن ديون المورِّث تتعلق بتركته وتُستوفىٰ منها قبل الإِرث. فإذا زاد شيء تنفَّذُ وصايا الميت من ثلث الباقي بعد الدَّيْن، ويوزَّع الثلثان إرثاً. فإن أوصى المورِّث بأكثر من الثلث توقَّف تنفيذ الزائد على رضى الوَرَثة.

٢ ـ وَزَّعت الشريعةُ الإِرثَ بين الأقارب بنظام خاص روعي فيه الأقربية إلى الميت. فتارة يُحجب الأبعد بالأقرب؛ وتارة يشتركان ويكون للأقرب القسط الأكبر، وذلك بحسب درجة القرب والبعد. ويُحسب للحمل حساب عند وفاة مورِّثه فيوقف له نصيب يأخذه إن وُلِدَ حيّاً.

٣ ـ ليس للولد الأكبر امتياز في الإِرث أو تقدُّمٌ على أخيه الأصغر خلافاً لبعض الشرائع الأوربية التي لا تزال إلى اليوم آخذة في الإرث بقاعدة تقديم الولد الأكبر التي تسمى: droit d'ainé.

٤ ـ للبنت نصف حصة أخيها الذكر.

وهذه المسألة كثيراً ما يُساء فهمها، وتُظن غبْناً للأنثى في الشريعة؛ ولكنها في الحقيقة مرتبطة بنظام التكليف المالي في الأسرة. فالشريعة الإسلامية تكلِّف الرجل بنفقة زوجته وأولاده. فالبنت قبل الزواج تكون نفقتها على الأقرب من رجال أسرتها، وبعد الزواج نفقتها على الزوج، ولا تكلَّف الزوجة شيئاً من نفقة أولادها، فإذا أخذت في الإِرث نصف ما يأخذ أخوها المكلَّف بنفقة نفسه وزوجته وأولاده وبنفقة أخته أيضاً إذا تأيَّمت ترجع البنت عندئذ أوفر حظاً من أخيها في الميراث.

ويلحظ في هذا المقام أنَّ تفاصيل أحكام الأحوال الشخصية التي عرضنا هنا أهم النقاط الأساسية منها يوجد في الاجتهادات الإسلامية ومذاهبها اختلافات في تفاريع جوهرية منها. ويوجد في كل من المذاهب الفقهية أحكام ونظريات في بعض التفرُّعات أفضل من غيره وأصلح نتيجة في التطبيق، كحق إنهاء الزواج قضائياً بطلب المرأة إذا أساء الرجل عشرتها في الاجتهاد المالكي، وكون الطلاق في أغلب الأحيان رجعياً قابلاً لأن يرجع فيه الرجل خلال عِدَّة المرأة في الاجتهاد الشافعي.

ب ـ في الحقوق المدنية (المعاملات)

١ ـ في الالتزامات:

١٧/١ ـ اعتبرت الشريعة كل فعل ضار بالغير موجباً مسؤولية الفاعل

أو المتسبِّب، والتزامه بالتعويض عن الضَّرر ولو كان عن خطأ. فإن كان عن عمد يوجب أيضاً عقوبة الفاعل. وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي القائل: «لا ضرر ولا ضرار»[١]. وهذا غير ما توجبه الشريعة من التزامات أخرى مصدرها الإرادة المنفردة كالوقف، أو إرادة الشارع كنفقة الأقارب.

وقد اعتبرت جميع الالتزامات مضمونة بتأييد القضاء. فللقاضي سلطة واسعة لا حدود لها في إجبار كل إنسان على تنفيذ التزامه ولو كان هو الخليفة. وحوادث قضاء القضاة على الخلفاء والملوك معروفة كثيرة في التاريخ الإسلامي.

٢ ـ في العقود:

أقرّت الشريعة الإسلامية في العقود الأسس التالية:

أولاً ـ العقد المشروع مُلْزِم لعاقده دون غيره كما أنَّ إقرار الشخص لا يسري إلا على نفسه وحقوقه. والتزامُ العاقد ينتقل إلى من يخلفه كالوارث أو الموصَى له. وهذا المبدأ تضمنته الآية القرآنية في أول سورة المائدة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾.

ثانياً ـ الشروط العقدية حرة وملزمة للعاقدين إلا ما يخالف النظام العام والآداب، وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً»[٢] (ر: ف ١٠/٢ الحاشية).

---

(١) رواه مالك في «الموطأ» ٧٤٥/٢ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً في الأقضية، باب القضاء في المَرْفِق، ورواه ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت (٢٣٤٠)، وفيه انقطاع. ومن حديث جابر الجعفي (٢٣٤١) وهو ضعيف. ورواه الدارقطني والحاكم والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري. قال النووي في (الأربعين) في الحديث ٣٢: له طرق يَقوى بعضها ببعض. وقال ابن الصلاح: هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه ومجموعها يقوّي الحديث ويحسّنه. وقد تقبّله جماهير أهل العلم واحتجوا به.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٥٢) في الأحكام، وقال: حديث حسن صحيح، وأبو داود (٣٥٩٤) في الأقضية وسنده حسن، كلاهما بلفظ: «المسلمون على شروطهم» إلا أن أبا داود انتهت روايته عند قوله: «شروطهم».

ثالثاً ـ العقود كلها رضائية. أي أنها تنعقد بالتراضي الحر بمجرد الاتفاق بين الطرفين دون اشتراط شيء من المراسم الشكلية. حتى أنَّ عقد الزواج يكفي لانعقاده مجرد تراضي الرجل والمرأة بإيجاب وقبول بحضور شاهِدَيْن؛ بينما كانت العقود كافة لدى الرومان وبعضها لدى العرب عقوداً شكلية خاضعة لمراسم وحركات غريبة يجب أن يجريها العاقدان ولا يكفي فيها مجرد التراضي. واستمرت آثار شكلية العقود وراثة عن الرومان في الحقوق الأوروبية إلى أواخر القرن الثامن عشر حيث تقررت إذ ذاك فقط رضائية العقود في القوانين الحديثة.

رابعاً ـ أوجبت الشريعة في إنشاء العقود وتنفيذها حسن النية La bonne Foi وجعلت كل غش أو تدليس أو تغرير من أحد العاقِدَيْن موجباً خيار الآخر ومسوِّغاً له فسخ العقد لإخلاله بالتراضي.

خامساً ـ اعتبرت العرف والعادة أساساً لتحديد حدود الالتزامات والحقوق العقدية في كل ما سكت عنه نص العقد: فطريقة استعمال المأجور مثلاً، وكيفية دفع الأجرة يتبع فيه عرف الناس.

وللعرف اعتبار قضائي واسع المدى في كل موضع ما لم يصادم نصاً شرعياً خاصاً في موضوعه، كالتعارف على الالتزام بدَيْن القمار فإنه لا عبرة له.

ج ـ في الحقوق الجنائية (الجرائم والعقوبات)

١٨/١ ـ أقامت الشريعة نظام العقوبات على أساسين:

١ ـ كل فعل ممنوع يعتبر جريمة، وكل جريمة واجبة العقاب بصورة عادلة تتناسب مع الفعل وتكفي لتحقيق الأمن الداخلي وتأديب الفاعل، ولو لم يحدِّد الشرع سلفاً عقوبة معينة لذلك الفعل.

٢ ـ تركت الشريعة عقوبات معظم الجرائم (سوى خمس منها) دون تحديد، لأنَّ العقوبات فيها يجب أن تختلف باختلاف الظروف. فللسلطة

الحاكمة تقنين العقوبات على هذا الأساس، وللقاضي عند عدم التقنين أن يقدِّر العقوبة بحسب الظروف الزمانية والمكانية والشخصية. وهذه العقوبات التي لم تحددها الشريعة، بل تركتها مفوَّضة للحكام تسمى: **التعزير**.

وقد خصَّت الشريعةُ العدوانَ على النفس بعقوبة المماثلة المسماة بالقصاص، فأوجبت قتل القاتل المتعمِّد إذا أصرَّ خلفاء المقتول على طلب القصاص. فإذا عَفَوْا تبدل القصاص إلى عقوبة تعزير يفوَّض تقديرها إلى الحكام، حفظاً للحق العام في التأديب والزجر.

المطلب الثاني

قسم الحقوق العامة

أ ـ في الحقوق الداخلية

١ ـ في الناحية الدستورية:

١٩/١ ـ أقرَّت الشريعة هنا ثلاثة مبادىء أساسية:

(المبدأ الأول) ـ الحرية التامة للناس دون إخلال بالنظام العام والآداب العامة، ودون تجاوز على حدود حرية الغير.

(المبدأ الثاني) ـ المساواة أمام القانون في جميع الحقوق، فلا امتياز لنسب أو لطبقة من الناس، خلافاً لما كانت عليه حال العرب والرومان والفرس. وقد جاء في القرآن الكريم ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [٤٩/ ١٣] أي أحسنكم عملاً وامتثالاً لأوامر الشريعة. وجاء في الحديث النبوي: «لا فضل لعربي على أعجمي، ولا لأحمر على أسود إلا بالتقوى»[١].

ومن تطبيقات هذين المبدأين في التاريخ الإسلامي الأول حادثة الخليفة الثاني عمر بن الخطاب الذي عاقب ابن أمير مصر وفاتحها عقوبة

(١) رواه أحمد ٥/ ٤١١ عن أبي نضرة ممن سمع خطبة رسول الله ﷺ أيام التشريق، ورواه الطبراني والبزار عن أبي سعيد، ورجال البزار رجال الصحيح كما في «المجمع» ٨/ ٨٤.

شديدة لأنه تجاوز على حرية نصراني مصري (قِبْطي) في سباق الخيل لما سبقه القبطي فضربه ابن الأمير قائلاً: ما كان لك أن تسبق ابن الأكرمين. وهي حادثة معروفة. وقد قال الخليفة عمر للأمير وابنه بعد العقوبة كلمته المشهورة: «منذ كم استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً؟!».

وهنا تأتي قضية الرق. فالإسلام أتى بتحسين حال الأرقاء ونظَّم لهم حقوقاً قانونية مضمونة بالقضاء، وأوصى بهم واعتبرهم بمقتضى العقيدة الإسلامية (إخواناً) لمواليهم، واعتبر إعتاق الرقيق عبادة من أعظم العبادات ثواباً عند الله، وأوجب هذا الإعتاق إيجاباً في كثير من الأحوال والحوادث. وألغى جميع منابع الاسترقاق المألوفة إذ ذاك عند العرب والرومان وغيرهم سوى الحرب المشروعة فقط. ولكنه لم يلغ الاسترقاق بتاتاً إذ ذاك لأنَّ الأمم المحيطة بالمسلمين كلها متمسكة به وتسترق من يقع في أيديها من المسلمين. فأبقى الإسلام على الاسترقاق موقَّتاً بنتيجة الحرب المشروعة على طريقة المقابلة بالمثل، وهو مبدأ مقرر إلى اليوم في الحقوق الدولية، ولكن الشريعة مهدت للإلغاء المطلق بجعله مفوَّضاً إلى الإمام (السلطة الحاكمة العليا) عندما تستعد الأمم لقبول إلغائه فلا تبقى حاجة للمقابلة بالمثل.

هذا مع ملاحظة أنَّ جميع الشرائع الأخرى من دينية أو وضعية لم تأت منها واحدة بالدعوة إلى إلغاء الرق ولا إلى تحسين وضع الأرقاء، بل ولا مهدت لإلغائه ذلك التمهيد الذي أسَّسه الإسلام، بل استمرَّ الرق في جميع العالم غيرالإسلامي على قَسْوَته حتى القرن التاسع عشر الميلادي.

(المبدأ الثالث) ـ الحكم في دولة الإسلام يجب أن يقوم على أساس الشُّورى، وهذا مبدأ تضمنَّه القرآن، وطبقه الرسول طوال حياته مع أصحابه، فلا يجوز أن يكون الحكم استبدادياً. ولكنَّ الإسلام لم يحدِّد طريقة تحقيق الشورى لأنَّ ذلك يختلف بحسب الإمكانيات الزمانية والمكانية وما يحدث من أساليب جديدة مفيدة. فيمكن تأسيس طريقة الحكم بحسب دواعي المصلحة إما على نظام الملكية الدستورية، أو النظام الجمهوري، أو النظام

البرلماني أو الرئاسي، أو غير ذلك من الأساليب ضمن حدود المبدأ العام، وهو إرادة الأمة والشورى. ومن يُنْتَخَب لممارسة السلطة العليا يُعتبر ممثلاً للدولة الإسلامية في كل شيء باعتبار أنَّ الدولة بمجموعها شخص اعتباري Personnalité morale وتصرُّفه نافذٌ عليها في حدود الشريعة.

والشريعة تتنافى تماماً مع مبدأ وراثة الحكم، بل على الأمة أن تختار دائماً الأكثر كفاءةً للسلطة العليا. وقد بيَّن الرسول ﷺ لأصحابه أن فساد نظام الحكم في الدولة الإسلامية يكون عندما يتحوَّل عن طريقة الخلافة والشورى فيصبح «مُلكاً عَضُوضاً»(١)، أي يعضُّ على الأمة عضا ويُفرض عليها فرضاً. ومثل ذلك كل نظام حكم استبدادي يفرض على الأمة بقوة السلطة والنفوذ، تحت أي اسم كان، ولو سمي جمهورياً.

٢ ـ في الناحية الإدارية:

١/٢٠ ـ قرَّرت الشريعة لممثل السلطة العليا (الإمام) في الدولة صلاحيات إدارية تنفيذية غير محدودة. ففي يده تتمركز جميع السلطات التنفيذية، ومن جملتها سلطة إصدار الأوامر الزمنية (الأنظمة) التي لها اليوم في عرف الدول صفة تشريعية. ولكنَّ الشريعة تمنح الإمام هذه السلطة التنظيمية باعتبار أنها في الحقيقة تطبيق للنصوص الشرعية العامة المقررة سابقاً في الشريعة، وتنفيذ لمقاصدها العامة في تنظيم مصالح الأمة بحسب مقتضيات الأحوال.

---

(١) رواه أحمد في مسنده ٤/٢٧٣ من حديث حذيفة رضي الله عنه: «تكون النبوة فيكم ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعها إذا شاء أن يرفعها، ثم تكون خلافة على منهاج النبوة، فتكون ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعها إذا شاء الله أن يرفعها، ثم تكون **ملكاً عاضاً** فيكون ما شاء الله أن يكون، ثم يرفعها إذا شاء أن يرفعها، ثم تكون ملكاً جبريةً، فتكون ما شاء الله أن تكون، ثم يرفعها إذا شاء أن يرفعها، ثم تكون خلافة على منهاج النبوة».
قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٥/١٨٩: «رواه أحمد في ترجمة النعمان ـ بن بشير ـ، والبزار أتم منه، والطبراني ببعضه في الأوسط، ورجاله ثقات».

على أنَّ هذا لا ينافي إمكان فصل السلطات وجعل حق إصدار الأنظمة الزمنية في يد سلطة خاصة انتخابية كالبرلمانات اليوم إذا رأت الأمة مصلحتها في ذلك، إذ الأصل في النظام القانوني من الشريعة هو رعاية المصلحة العامة، والتحول معها.

وقد أوجبت الشريعة على كل من يتولى الحكم أن يكون تصرفه على الرعية قائماً على رعاية الأصلح لها بنتيجة مبدأ الشورى الواجبة. وقرَّر الرسول في أحاديثه الثابتة[1] أنَّ الإمام (الحاكم Gouverneur) كالراعي، وهو مسؤول أمام الله والأمّةِ عن التدابير الأصلح للرعية، وأنَّ الرعية (المحكوم Gouverné) مسؤول كذلك عن الطاعة. وهذا هو الأساس في جميع شؤون الإدارة والحكم: في فرض الضرائب وجبايتها، وتأسيس الخدمات العامة بمختلف أنواعها، والاستملاك الجبري للمنفعة العامة وغير ذلك.

وكما أوجبت الشريعة على الرعيَّة الطاعة أيقظت فيهم إلى جانبها الشعور بالمسؤولية عن انحراف الحكام ولزوم مراقبتهم، فقرَّر الرسول ﷺ أنه: «لا طاعة لمخلوق في معصية الله»[2]. واستناداً إلى هذا المبدأ والنصوص الشرعية فيه قال الخليفة الأول أبو بكر في أول خطبة له: «إنْ أحسنتُ فأعينوني، وإنْ أَسَأْتُ فقوِّموني».

٣ ـ في الناحية المالية العامة:

٢١/١ ـ جاءت الشريعة ـ على خلاف ما كان سائداً حين ظهورها ـ

---

(١) روى البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «كلكم راعٍ ومسؤول عن رعيته، الإمام راعٍ ومسؤول عن رعيته..».
وروى ابن حبانَ في صحيحه (١٥٦٢) عن أنسٍ بن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله سائل كلَّ راعٍ عما استرعاه».

(٢) حديث «لا طاعة لمخلوق في معصية الله» بهذا اللفظ رواه الإمام أحمد ١٣١/١ من حديث علي، ٤٠٩/١ من حديث ابن مسعود، ٦٦/٥ من حديث عمران بن حصن والحكم بن عمرو الغفاري.

بمبدأ فَصْل بيت المال (خزينة الدولة) عن ملك الحاكم الأعلى. فمالُ الخزينة العامة هو من الأمة وإليها، مرصود لمصالحها، والإمام أمين مسؤول عن طريقة جمعه وصرفه في تلك المصالح العامة وإدارتها، وليس له فيه حق سوى مُرَتَّبِهِ المقرَّر لمعيشته بصورة معتدلة.

وقد حاسب الخليفة الثاني عمر أحد الولاة لما رأى لديه آثار ثروة جديدة، وقضى عليه بمصادرة الزائد عما كان لديه حين توليته مما لم يثبت له مصدر جديد مشروع. ولما قال له الوالي: «إني تاجرت فربحت»، أجابه عمر بقوله: «إننا والله ما أرسلناك للتجارة».

ب ـ في الحقوق الخارجية (الدولية العامة)

٢٢/١ ـ أقرَّت الشريعة في هذه الناحية المبادىء التالية:

١ ـ الشعوب جميعاً متساوية في الحقوق الإنسانية (خلافاً لنظرية الشعب المختار) الموجودة لدى بعض الديانات والأمم.

٢ ـ المعاملة بين الدولة الإسلامية وغيرها يجب أن تقوم على أسس العدالة في السِّلم والحرب. ففي السِّلم تحترم جميع الحقوق المكتسبة للدول ورعاياها. وفي الحرب لا يجوز تجاوز الحد الذي يندفع به شر العدو. فلا يجوز التمثيل بالقتلى (أي تشويههم) ولا تعذيب الأسرى، ولا القتل التدريجي بقطع الأعضاء، ولا إتلاف الشجر المثمر إلا لضرورة حربية، ولا قتل الحيوان إلا للأكل أو لضرورة حربية، ولا إيذاء المعتكفين من رجال الدين في المعابد والصوامع، ولا إيذاء العاجزين عن حمل السلاح من نساء وأطفال وشيوخ مُسِنِّين ومرضى.

وأساس كل ذلك قول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [١٧: ٧٠].

فالإنسان في نظرية الإسلام محترم لإنسانيته، والحرب مشروعة لدفع

الأذى لا للأذى، وفقاً لقاعدة الضرورة. وإنَّ الضرورة تقدَّر بقدرها.

وقد تضمنَّت وصيَّةُ الخليفة الأول أبي بكر في تجهيز جيش أسامة أموراً عظيمة جامعةً في هذا الموضوع.

٣ ـ المعاهدات محترمة بين الدول الإسلامية وغيرها وملزمة كالعقود بين الأفراد، وواجبة الوفاء والتنفيذ بحسن نية. وقد عقد الرسول وخلفاؤه معاهدات كثيرة نُفِّذَت بمنتهى حسن النية من الجانب الإسلامي، إلا عند إخلال الجانب الآخر.

٤ ـ لا تجوز المحاربة دون إنذار. وحادثة الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز مع وفد سمرقند معروفة، إذ جاء الوفد مشتكياً على قائد الجيش الإسلامي فعيَّن لهم الخليفة قاضياً حاكَمَ القائدَ معهم، وقضى في النتيجة بخروج الجيش الإسلامي من سمرقند. (انظر تاريخ البلاذري في بحث فتح سمرقند).

٥ ـ المعاملة بالمثل جائزة إلا فيما يخالف المبادىء الإسلامية. وعلى هذا الأساس أفتى الإمام الأوزاعي (أحد كبار فقهاء الشريعة في القرن الثاني للهجرة) بعدم جواز قتل الرهائن المأخوذة من رجال الروم ضماناً لتنفيذ معاهدة بينهم وبين المسلمين عندما غَدَر الروم وخرقوا المعاهدة المعقودة. ومستند الأوزاعي في فتواه هذه هي الآية القرآنية التي تمنع مؤاخذة شخص بجريمة غيره: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾.

وقد نشأ حول تلك الأسس في قسم الحقوق الخارجية من الشريعة الإسلامية فقه تفصيلي واسع مبسوط في أبوابه الخاصة من كتب الفقه.

الفصل الثاني

معنى الفقه، وأقسام أحكامه

المعنى الأول للفقه ـ أقسام أحكامه ـ المعنى الثاني للفقه ـ الفقه الإسلامي نظام روحي ومدني ـ فكرة الحلال والحرام فيه ـ حكم القضاء وحكم الديانة

٢/١ ـ معنى الفقه الإسلامي:

للفقه الإسلامي معنيان:

أ ـ فالفقه بالمعنى الأول هو: **العلم بالأحكام الشرعية العملية مع أدلتها،** (المجلة/ ١) أي معرفة الإنسان بها معرفة تفصيلية مستمدة من أدلتها، فيكون الفقه صفة علمية للإنسان يعتبر بها فقيهاً.

والمراد من (**الأحكام**) كل ما يصدره الشارع للناس من أوامر ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضهم ببعض فيها، وتحدِّد نتائج أعمالهم وتصرفاتهم. وذلك مثل كون الغاصب ضامناً للمغصوب إذا هلك، وكون الأمين ـ كالوديع مثلاً ـ لا يضمن إلا إذا تعدى على الأمانة أو قصَّر في حفظها.

والمراد من (**الشرعية**) المستفادة من أمر الشارع صراحة أو دلالة. والتقييد بوصف (**العملية**) لإخراج المسائل الاعتقادية من أصول الإيمان وفروعه. فإنها موضوع علم آخر.

ب ـ وكما أطلق الفقه أولاً على المعرفة بالأحكام الشرعية، أطلق أيضاً بعد ذلك على تلك الأحكام نفسها. وهذا هو المراد في نحو قولك:

درست الفقه الإسلامي، وهذا هو المعنى الثاني للفقه.

وعلى هذا يعرف الفقه بأنه: **مجموعة الأحكام العملية المشروعة في الإسلام.**

وتعلم مشروعيتها بطريق النص الصريح في القرآن، أو بيان الرسول ﷺ وسنته، أو بطريق إجماع علماء المسلمين، أو باستنباط الفقهاء المجتهدين سابقاً ولاحقاً من دلائل نصوص القرآن، والسنة النبوية، وقواعد الشريعة ومقاصدها.

٢/٢ ـ أقسام الأحكام الفقهية:

وهذه الأحكام الفقهية تنقسم إلى سبع زمر:

١ ـ الأحكام المتعلقة بعبادة الله تعالى من صلاة وصيام وغيرهما، وتسمى: **العبادات**.

٢ ـ الأحكام المتعلقة بالأسرة من نكاح وطلاق ونسب ونفقة ووصايا وميراث إلخ...، وتسمى بلغة اليوم: **الأحوال الشخصية**.

٣ ـ الأحكام المتعلقة بنشاط الناس الاكتسابي وتعاملهم بعضهم مع بعض في الأموال والحقوق وتصرفهم بالتعاقد وغيره، وفصل منازعاتهم بالقضاء، وتسمى: **المعاملات**. ومن هاتين الزمرتين (٢ و ٣) يتألف ما يسمى في الاصطلاح القانوني الحديث: القانون المدني.

٤ ـ الأحكام المتعلقة بسلطان الحاكم على الرعية، وبالحقوق والواجبات المتقابلة بينهما، ويسميها بعض الفقهاء: **الأحكام السلطانية**، وهي من قبيل ما يسمى: **السياسة الشرعية**.

وهذه الزمرة تؤلف نوعين متميزين من الحقوق في الاصطلاح القانوني الحديث: الحقوق الإدارية، والحقوق الدستورية.

٥ ـ الأحكام المتعلقة بعقاب المجرمين وضبط النظام الداخلي بين الناس، وتسمى: **العقوبات**.

٦ ـ الأحكام التي تنظم علاقة الدولة الإسلامية بالدول الأخرى، وتؤلف نظام السِّلم والحرب، وتسمى: **السِّيَر** (بكسر ففتح) جمع سيرة، وتسمى في الاصطلاح القانوني: **الحقوق الدولية العامة**.

٧ ـ الأحكام المتعلِّقة بالأخلاق والحشمة والمحاسن والمساوىء، وتسمى: **الآداب**.

والقانون المدني يتكون عادة من أحكام الزمرتين الثانية والثالثة، ولكنَّ مجلة الأحكام الشرعية لدينا جاءت مقصورة على الزمرة الثالثة أي قسم المعاملات فقط، دون الأحوال الشخصية.

٢/٣ ـ مما تقدم يتضح أنَّ الفقه الإسلامي هو نظام روحي ومدني معاً، لأنَّ الشرع الإسلامي جاء ناظماً لأمور الدين والدنيا.

ومن هنا افترق الفقه الإسلامي حتى في القسم المدني منه ـ وهو المعاملات ـ عن القوانين المدنية الوضعية (أي التي ليس لها صفة دينية، بل هي من وضع الأمم لنفسها).

ففي تلك القوانين الوضعية لا محل لفكرة الحلال والحرام ولا عبرة لبواطن الأمور، بل العبرة للظواهر والصور؛ فما أمكن منه القانون وقضت به الأحكام كان حقاً سائغاً، وما لم يمكن منه فليس بحق.

أما الفقه الإسلامي فللاعتبار الديني في مبناه كانت فكرة الحلال والحرام فيه رقيباً باطنياً ترافق الإنسان وتنادي به في كل عمل.

والعبرة في تعلق الحقوق للحقائق وإن كان القضاء يجري ضرورة على الظاهر.

فإذا قضي لإنسان بحق بناء على سبب ظاهر وكان في الواقع غير محق: كما لو كان الشهود كذبة، أو كان المقضي له يستند إلى وثيقة قد قبض في الواقع مبلغها أو أبرأ المدين منه، أو قضي له برد دعوى خصمه

بسبب التقادم، أي مرور الزمان على الحق المدَّعى به، وكان الحق لا يزال في ذمته، فإنَّ القضاء في أمثال ذلك ـ وإن اعتبر نافذاً من الوجهة المدنية عملاً بالظاهر ضرورة ـ لا يحل حراماً ولا يحرِّم حلالاً، لأنَّ الحِلَّ والحرمة يجب أن يكونا مستَنِدَين إلى سبب صحيح في نظر الشرع وفقهه.

والأصل في ذلك قول النبيِّ عليه الصلاة والسلام: «إنما أنا بشر، وإنكم لتختصمون إليَّ، وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر، فأقْضيَ له على نحوِ مما أسمع؛ فمن قضيتُ له بشيء من حقِّ أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها»[1].

فالقضاء في مثل هذا متى استوفى شرائطه، وبذل الحاكم جهده هو قضاء حق، لكن المقضي به ليس بحق، وتبعته الدينية على المقضي له المبطل.

٢/ ٤ ـ حكم القضاء وحكم الديانة:

وعن هذا كانت أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ذات اعتبارين: اعتبار قضائي، واعتبار دياني.

فالقضاء يحاكم العمل أو الحق بحسب الظاهر، أما الديانة فإنما تحكم بحسب الحقيقة والواقع. فالأمر أوالعمل الواحد قد يختلف حكمه في القضاء عنه في الديانة.

فمن طلَّق زوجته مخطئاً بأن جرى على لسانه لفظ الطلاق غير قاصد إليه، بل إلى لفظ آخر، يعتبر الطلاق منه واقعاً قضاء، أي يقضي القاضي بوقوعه عملاً بالظاهر، ولكنه لا يقع ديانة، فيفتيه المفتي بجواز بقائه مع امرأته فتوى معلقة على ذمَّته في زعم الخطأ.

---

(١) أخرجه البخاري: كتاب الحيل (٦٩٦٧) وانظر منه (٢٤٥٨)، ومسلم: كتاب الأقضية ٣: ٣٣٧ (٤١)، ومعنى «ألحنُ بحجته» قال في «النهاية» ٤: ٢٤١ «... أراد: أن بعضكم يكون أعرفَ بالحجة وأفطن لها من غيره».

وكذلك لو أبرأ أحدٌ مدينَه ولم يخبره، ثم ادعى عليه بالدَّيْن وكتم إبراءه وقضي له به، فإنَّ له التنفيذ والاستيفاء قضاء لا ديانة.

وبناء على ذلك اختلفت في الأوضاع والترتيبات الشرعية مهمة القضاء عن مهمة الإفتاء، أي وظيفة القاضي عن وظيفة المفتي:

فالقاضي يجري على الاعتبار القضائي للأعمال والأحكام، ولا ينظر إلى الاعتبار الدياني.

أما المفتي فيبحث عن الواقع وينظر إلى الاعتبارَيْن، فإن اختلف اتجاههما أفتى الإنسان بالاعتبار الدياني.

ومن ثم يذكر الفقهاء في كثير من المسائل التي يصوِّرونها أنَّ الحكم فيها قضاءً كذا، وديانةً بعكسه؛ كمن كان له دَيْن جحده المدين وعجز الدائن عن إثباته أمام القضاء، ثم ظفر بمال للمدين: فإنَّ الديانة تقرُّ للدائن أن يأخذ منه قدر حقه دون إذن المدين أو علمه. ولكن لو وصل الأمر إلى القضاء لا يقرُّ له هذا الأخذ لعدم إثبات حقه.

(ر: رد المحتار في كتاب القضاء ٤/ ٣١٥، وفي كتاب الحجر ٥/ ٩٥، وفي الحظر والإباحة ٥/ ٢٧١).

وبهذه المناسبة نقول: إنَّ الوازع الديني في صيانة الحقوق مهما ابتعدت عنه الأمم في نزعتها المادية بنظامها الاجتماعي اليوم فقد اضطرت إليه في تشريعها القانوني الوضعي المحض، وبنت عليه نواحي من قضائها لم تستطع فيها إلا الالتجاء إلى الضمانة الدينية والوجدان الروحي.

ويتجلّى ذلك في تحليفهم الخصم اليمين عند عجز المدعي عن إثبات دعواه، وعند تذرع المدعى عليه وتمسكه بالتقادم التجاري القصير على سند مالي تجاري يدعى عليه به.

* * *



البَابُ الثَّاني
مَصَادرُ الفِقْهِ الإِسْلَامِي

مخطط الباب الثاني

المصادر الأساسية:

الفصل الثالث: الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

المصادر التبعية:

الفصل الرابع: الاستحسان وأنواعه.

الفصل الخامس: الاستصلاح والمصالح المرسلة.

الفصل السادس: العرف.

الفصل السابع: الترتيب التاريخي والاعتباري لمصادر الفقه الإسلامي.

الفصل الثامن: الفرق بين الشريعة والفقه.

الفصل الثالث

المصادر الأساسية للفقه

الكتاب ـ السنة ـ الإجماع ـ القياس

٣/ ١ ـ رأينا في الفصل الثاني السابق (ف ٢/ ١) أنَّ الفقه الإسلامي تكون أحكام مسائله مستندة: إما إلى النص الصريح في القرآن أو في السنة النبوية؛ وإما إلى إجماع العلماء، وإما إلى استنباط المجتهدين من دلائل النصوص وقواعد الشريعة.

ومن هنا عدَّ العلماء مصادر الفقه، أي منابعه التي يستقي منها، أربعة هي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس.

المبحث الأول: الكتاب

٣/ ٢ ـ فأما الكتاب، وهو القرآن، فإنه هو الأصل في التشريع الإسلامي؛ فقد بُيِّنت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها في العقائد تفصيلاً، وفي العبادات والحقوق إجمالاً.

وهو في الشريعة الإسلامية كالدستور في الشرائع الوضعية لدى الأمم؛ وهو القدوة للنبي نفسه ﷺ فَمَنْ بعده، ولذا كان هو المصدر التشريعي الأصلي.

غير أنَّ الكتاب بصفته الدستورية إنما يتناول بيان الأحكام بالنص الإجمالي ولا يتصدّى للجزئيات وتفصيل الكيفيات إلا قليلاً، لأنَّ هذا التفصيل يطول به ويخرجه عن أغراضه القرآنية الأخرى من البلاغة وغيرها.

فقد ورد فيه الأمر مثلاً بالصلاة والزكاة مجملاً، ولم يفصِّل فيهما كيفية ولا مقادير، بل فصَّلتهما السنة بقول الرسول عليه السلام وفعله.

وكذلك أمر القرآن بالوفاء بالعقود، ونصَّ على حِلِّ البيع وحرمة الربا إجمالاً، ولكن لم يبيِّن ما هي العقود والعهود الصحيحة المحللة التي يجب الوفاء بها، وما الباطلة أو الفاسدة التي ليست محلاً للوفاء؟ فتكفَّلت السنة أيضاً ببيان أسس هذا التميز.

على أنَّ القرآن قد تناول تفصيل جزئيات الأحكام في بعض المواضع أو المواضيع: كما في المواريث. وكيفية اللعان بين الزوجين، وبعض الحدود العقابية، والنساء المحارم في النكاح.

ولهذا الإجمال في نصوص القرآن مَزِيَّة هامة أخرى بالنسبة إلى أحكام المعاملات المدنية، والنظم السياسية والاجتماعية، فإنه يساعد على فهم تلك النصوص المجملة وتطبيقها بصور مختلفة يحتملها النص، فيكون باتساعه قابلاً لمجاراة المصالح الزمنية، وتنزيلِ حكمه على مقتضياتها بما لا يخرج عن أسس الشريعة ومقاصِدِها.

وذلك كما ورد في القرآن من النص على الشورى السياسية دون تعيين شكل خاص لها، فكانت شاملة لكل نظام حكومي يجتنب فيه الاستبداد، ويتحقق فيه تشاور واحترام صحيح لرأي أولي الرأي والعلم في الأمة، سواء أكان نظاماً جمهورياً، أو نظام خلافة دستورية، أو غير ذلك مما لا استئثار فيه لفرد أو لفئة، بحسب ما تمليه المصلحة العامة.

وكذلك أوجب القرآن إقامةَ العدل وإحقاق الحق بين الناس بنصوص عامة كثيرة، ولم يحدِّد طريقة القضاء الذي هو الأداة لذلك. فمن حيث العدد يمكن أن تكون المحاكم محاكم فرد أو محاكم جماعة، ومن حيث الدرجة يمكن أن يكون القضاء على درجة واحدة أو على عدة درجات (ر: ف ٥/ ١١).

وعلى كل، بهذا الإجمال في نصوص الكتاب كانت هذه النصوص محتاجة إلى البيان بالسنة النبوية ليمكن تطبيقها في الكيفيات والكميات، ولتعرف حدودها في الشمول والاقتصار، وتنزل عليها جزئيات الحوادث والأعمال.

لذلك جاء في القرآن إحالة عامة على السنة النبوية في هذه التفصيلات بقوله تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟﴾ [٥٩/٧].

ومن ثم كانت السنة مفتاح الكتاب.

المبحث الثاني: السنة

٣/٣ ـ يطلق لفظ (السنة) على ما جاء منقولاً عن الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير[١]. وهي بهذا المعنى مرادفة للفظ «**الحديث**».

وقد تُطْلق على معنى **الواقع العملي** في تطبيقات الشريعة في عصر النبوة، أي الحالة التي جَرَى عليها التعامل الإسلامي في ذلك العصر الأول[٢].

والفرق بين المعنيين في النتيجة أَنه قد ينقل عن الرسول عليه الصلاة والسلام حديث لفظي، ولكن يثبت للعلماء تاريخياً أَنَّ عمل الناس في عصر النبوة أو في امتداد زمن الخلفاء الراشدين كان جارياً على خلاف مدلول

---

(١) المراد من التقرير أن يصدر أمام النبي ﷺ فعلٌ أو قول من إنسان، أو يُخبَر به، فيعلَمه الرسول ﷺ، ويقرّ الفاعلَ أو القائلَ أو الناقلَ على ذلك. ولا ينهاه ولا ينكرُ عليه، ولا يشير إلى أنه خلاف الأولى (ر: (**الموقظة**) للذهبي والتتمة الأولى في بيان السنة التقريرية ص ٩٨ ـ ١٠٢ للشيخ عبد الفتاح أبو غدة).

(٢) وعلى هذا المعنى يقع مثل قول عبد الرحمن بن مَهْدي، وقد سُئِل عن سفيان الثوري والأوزاعي ومالك: «سفيان إمام في الحديث وليس بإمام في السنّة، والأوزاعي إمام في السنة وليس بإمام في الحديث، ومالك إمام فيهما جميعاً» (ر: شرح موطأ مالك للزرقاني، ومقدمة «تنوير الحوالك» شرح الموطأ أيضاً للسيوطي، وكتاب «نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي» للأستاذ علي حسن عبد القادر ص ١١٦/).

ذلك الحديث المنقول؛ فيقال عندئذ: جاء في الحديث (كذا) ولكن السنة على (كذا).

وفي هذه الحال إذا كان كل من الحديث والسنة صحيح الثبوت يلجأ العلماء إلى التوفيق بين الحديث والسنة إنْ أمكن، أو إلى ترجيح أحدهما بأسباب مُرَجِّحة إن لم يمكن التوفيق، كما إذا تعارض حديثان من قول الرسول صحيحا الثبوت، فإنهما يعتبر أحدهما ناسخاً للآخر، فيبحث عن الناسخ والمنسوخ منهما.

والسنَّة تلي الكتاب رتبة في مصدريَّة التشريع، من حيث إنَّ بها بيان مجمله، وإيضاح مشكله، وتقييد مطلقه، وتدارك ما لم يذكر فيه.

فالسنَّة مصدر تشريعي مستقل من جهة، لأنها قد يَرِدُ فيها من الأحكام ما لم يرد في القرآن، كميراث الجَدَّة، فقد ثبت أن النبي ﷺ حكم بتوريث جدة المتوفى سدس المال. ولكن السنة من جهة أخرى يلحظ فيها معنى التبعية للقرآن، لأنها، علاوة على كونها بياناً وإيضاحاً له، لا تخرج عن مبادئه وقواعده العامة حتى فيما تقرره من الأحكام التي لم يرد ذكرها في القرآن. فمرجع السنة في الحقيقة إلى نصوص القرآن وقواعده العامة.

والسنة بصورة عامة ضرورية لفهم الكتاب لا يمكن أن يستغنى عنها في فهمه وتطبيقه، وإن كان فيها ما لا يتوقف عليه فهم الكتاب هذا التوقف.

هذا، وبعد أن أصبحت السنة تنقل نقلاً بالرواية، لانقضاء عصر الرسالة، وانقطاع مشافهة الرسول بوفاته عليه السلام، لا يقبل منها في تشريع الأحكام الفقهية إلا ما كان صحيح الثبوت بشرائط معينة شديدة.

وقد تكفل علماء السنة بتمييز مراتب الأحاديث النبوية في الثبوت.

المبحث الثالث: الإِجماع

٣/ ٤ ـ الإجماع هو اتفاق الفقهاء المجتهدين في عصر على حكم.

ولا فرق بين أن يكون هؤلاء المتفقون من فقهاء صحابة الرسول عليه الصلاة والسلام بعد وفاته، أو من الطبقات التي جاءت بعدهم.

والإجماع حُجَّة قوية في إثبات الأحكام الفقهية، ومصدرٌ يلي السنة في الرتبة.

ودليل اعتباره في هذه المكانة من مصدرية التشريع مجموعة آيات وأحاديث تدل على اعتبار إجماع الكلمة من أهل العلم والرأي حجة.

فمن تلك الأدلة على اعتبار الإجماع قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾ سورة النساء/ ١١٥، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا تجتمع أمتي على الضلالة**»[١] وفي معناه أحاديث كثيرة. فبتضافرها بعضها مع بعض ومع الآيات القرآنية التي تأمر بلزوم الجماعة وعدم الانشقاق عنها، تؤلِّف دليلاً كافياً في حجيَّة الإجماع في إثبات الأحكام.

والإجماع في ذاته إذا انعقد على حكم لا بد أن يكون مستنداً إلى دليل فيه، وإِن لم ينقل الدليل معه، إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشهياً بلا دليل شرعي.

ولذلك كان الإجماع إذا أراد المتأخرون معرفته إنما يبحثون عن

(١) أخرجه أبو داود من حديث أبي مالك الأشعري (٤٢٥٣)، والترمذي من حديث ابن عمر (٢١٦٧) وقال: غريب من هذا الوجه، وابن ماجه من حديث أنس (٣٩٥٠) بإسناد ضعيف، وبالجملة فالحديث كما قال الحافظ في «التلخيص» ٣/ ١٤١: «حديث مشهور له طرق كثيرة، لا يخلو واحد منها من مقال» وقال السخاوي في «المقاصد الحسنة» ص٤٦٠: «وبالجملة فهو حديث مشهور المتن، ذو أسانيد كثيرة، وشواهد متعددة في المرفوع وغيره».

وجوده وصحة نقله لا عن دليله، إذ لو وجب البحث عن دليله لكانت العبرة للدليل لا للإجماع، بينما هو في ذاته حجة.

والخلاصة أنه لا يخلو الإجماع عن دليل يستند إليه، ولكن لا يجب لاعتباره أن يكون دليله منقولاً معه ومعروفاً.

ومن أمثلة ثبوت الحكم بالإجماع ميراث الجد مع الابن فيما لو توفي شخص عن ابن وعن جد، فإنَّ الجد عند عدم الأب يحل محل الأب في الإرث، فيرث ـ مع وجود ابن المتوفى ـ سدس المال كالأب، ثبت ذلك بإجماع الصحابة.

وكذا حَجْبُ بني الأعيان والعَلاَّت ذكوراً وإناثاً بالأب[1].

وكذا صحة عقد الاستصناع، فقد انعقد عليها الإجماع[2].

٣/ ٥ ـ والإجماع نوعان: **قولي وسكوتي**.

ـ فالقولي يكون بتداول الرأي واتفاق صريح من العلماء.

ـ والسكوتي يكون بأن يفتي أحدهم بحكم مع علم بقية علماء العصر، فلا تعرف من أحدهم مخالفة ولا تأييد.

والأول القولي هو الحجة المسلَّمة، أما الثاني السكوتي فمختلَفٌ جداً في اعتباره، وفي درجة هذا الاعتبار وشرائطه.

---

(١) ر: «أصول الفقه» للخضري، ص/٤٠٤/ ، وشرح السراجية للسيد الجرجاني باب مقاسمة الجد.

وبنو الأعيان هم الإخوة والأخوات لأب وأم.

وبنو العلات (بفتح العين وتشديد اللام) هم الإخوة والأخوات لأب.

وبنو الأخياف الأخوة والأخوات لأم.

(٢) الاستصناع شراء ما سيُصنع قبل صنعه. والقواعد تأباه لأنه بيع المعدوم، ولكن وقع الإجماع على صحته للحاجة إليه (ر: أصول فخر الإسلام البزدوي أول باب الاستحسان).

وقد كان الإجماع في العصر الأول سهل الحصول لأنَّ عمر في خلافته منع الصحابة أن يخرجوا من المدينة لتمكنه مشاورتهم فيما يحدث من أمور العلم أو السياسة، ولكنهم تفرّقوا بعد ذلك أواخر خلافة عثمان في الأمصار[١]، ونشأ على أيديهم علماء وفقهاء في أماكن متنائية في الحجاز واليمن ومصر والعراق والشام وغيرها؛ فلم يمكن بعد ذلك تحقق إجماع من المجتهدين لانقطاع إمكان الشورى العلمية العامة، ولأنَّ اتفاق علماء بلد واحد على حكم لا يعتبر إِجماعاً.

لذلك كانت كل المسائل المستندة إلى الإجماع وحده إنما يرجع تاريخها إلى عصر الخلفاء الراشدين أو الصدر الأول منه.

المبحث الرابع: القياس

٣/٦ ـ القياس هو: إلحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة.

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والإجماع من حيث حُجِّيَّتُهُ في إثبات الأحكام الفقهية، ولكنه أعظم أثراً من الإجماع في كثرة ما يرجع إليه من أحكام الفقه، لأنَّ مسائل الإجماع محصورة ولم يتأت فيها زيادة، لانصراف علماء المسلمين في مختلف الأقطار عن مبدأ الشورى العلمية العامة، ولتعذر تحققه بمعناه الكامل فيما بعد العصر الأول كما أوضحناه. أما القياس فلا يشترط فيه اتفاق كلمة العلماء، بل كل مجتهد يقيس بنظره الخاص في كل حادثة لا نصَّ عليها في الكتاب أو السنة ولا إجماع عليها.

ولا يخفى أنَّ نصوص الكتاب والسنة محدودة متناهية، والحوادثَ الواقعة والمتوقَّعة غير متناهية. فلا سبيل إلى إعطاء الحوادث والمعاملات

---

(١) ر: كتاب «تاريخ التشريع الإسلامي» للأساتذة السبكي والسايس والبربري المدرسين في كلية الشريعة الإسلامية بالأزهر، (ص/٩٦ و ١٣٧).

الجديدة منازلَها وأحكامَها في فقه الشريعة إلا عن طريق الاجتهاد بالرأي الذي رأسه القياس[1].

فالقياس أغزر المصادر الفقهية في إثبات الأحكام الفَرعيَّة للحوادث.

وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما يرشده إلى أصول القضاء وطريقته المثلى:

«الفهمَ الفهمَ فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله، ولا سنَّة النبي ﷺ. ثم اعرف الأشباه والأمثال، فَقِسِ الأمور عند ذلك بنظائرها. واعمد إلى أقربها إلى الله، وأشبهها بالحق»[2].

---

* (١) يقول الشهرستاني في كتابه «الملل والنحل»:
«إنَّ الحوادث والوقائع في العبادات والتصرُّفات مما لا يقبل الحصر والعد. ونعلم قطعاً أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً. والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، عُلم قطعاً أنَّ الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار، حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد» اهـ.
(الملل والنحل للشهرستاني، أول بحث الاختلاف في الأحكام الشرعية الاجتهادية).

* (٢) هذا الكتاب أرسله عمر إلى أبي موسى بعد ما ولاه. وهو يعدُّ في نظر العلماء دستوراً عظيماً في سياسة القضاء وفقهه.
وقد رأينا أن نثبته هنا بنصه، لأننا قد نحتاج إلى الاستشهاد به في مناسبات أخرى، وهو:
«بسم الله الرحمن الرحيم: من عبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قَيْس: سلامٌ عليك. أما بعد، فإنَّ القضاء فريضةٌ مُحْكَمة، وسُنَّةٌ متَّبَعَة.
* فافْهَم إذا أدلى إليك الخصم بحجته، وأنْفِذ الحق إذا وضح لك، فإنه لا ينفعُ تكلُّمٌ بحق لانَفَاذ له.
* آسِ بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك، حتى لا يطمعَ شريف في حَيْفِك، ولا ييأسَ ضعيفٌ من عدلك.
* البيِّنةُ على من ادَّعى، واليمينُ على مَنْ أنكر.
* والصُّلحُ جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرَّمَ حلالاً.
* ولا يمنعنَّك قضاءٌ قضيتَه بالأمس فراجعت فيه نفسَك، وهُديتَ فيه لرشدك: أن تَرجعَ إلى الحق، فإنَّ الحقَّ قديمٌ، ولا يبطله شيء، ومراجعة الحقِّ خيرٌ من التمادي في الباطل.
* الفهمَ الفهمَ فيما تَلَجْلَجَ في صَدْرِكَ مما ليس في كتاب الله، ولا سنة النبي ﷺ.
* ثم اعرف الأشباهَ والأمثال، فقِسْ الأمورَ عند ذلك بنظائرها، واعمدْ إلى أحبِّها=

وقد كان من أسلوب النصوص المعهودة في الكتاب والسنة أنْ تنصَّ غالباً على علل الأحكام الواردة فيها، والغايات الشرعية العامة المقصودة منها، ليمكن تطبيق أمثالها وأشباهها عليها في كل زمن. ونصوصُ الكتاب معظمها كليٌّ عام إجمالي كما رأينا[1]، فانفتح بذلك طريق لقياس غير

= إلى الله، وأشبهها بالحق فيما ترى فاتّبعه.

* واجعَلْ لمن ادّعى حقاً غائباً أو بيِّنةً، أمداً ينتهي إليه، فإن أحضَرَ بيِّنَتَهُ أَخَذْتَ له بحقِّه، وإلا وجِّهت عليه القضاء، فإنَّ ذلك أنفىَ للشك، وأجلىَ للعَمَى، وأبلغُ في العُذْر.

* المسلمون عدولٌ بعضهم على بعض، إلا مجلوداً في حدّ، أو مُجَرَّباً عليه شهادةُ زُور، أو ظَنيناً في ولاءٍ أو نسب. فإنَّ الله قد تولى منكم السرائرَ، ودرأ عنكم بالبيِّناتِ والأيمان.

* وإياك والقَلَقَ والضَّجَرَ والتأذّيَ بالخصوم والتنكُّرَ للخصوم في مواطن الحق التي يوجبُ الله بها الأجرَ، ويحسِنُ بها الذِّكر.

فإنه من يصلح نِيَّتَه، فيما بينه وبين الله، يكفه الله ما بيَنْه وبين الناس. ومن تزيَّن للناس بما يعلمُ اللّهُ منه غير ذلك يَشِنهُ الله. فما ظنّك بثواب عند الله عز وجل في عاجلِ رزقه، وخزائن رحمته، والسلام عليك ورحمة الله وبركاته».

ر: جمهرة رسائل العرب، للأستاذ أحمد زكي صفوة ج ١ ص/٢٥٢/ رقم الرسالة /٢١٤/. وإعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص /٩٩/، والكامل للمبرد ج ١ ص /٩/ والبيان والتبيين بشرح السندوبي الطبعة الثانية ج ٢ ص/٣٧).

وقد تولى ابن القيم شرحه بإسهاب في مواطن عديدة من «إعلام الموقعين» (ج ١ص١٠٠/ و ج ٢ ص/٢٨٤ ـ ٢٩٠.

وقد توسّع في تخريجه من كتب السنة المطهرة والفقه والأدب والتاريخ والسير، الأستاذ العلامة الشيخ عبد الفتاح أبو غدة في «مجلة كلية أصول الدين» العدد الرابع سنة ١٤٠٢ بعنوان: «تحقيق لثبوت كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري في شأن القضاء، وفيه العمل بالقياس» ص ٢٩٩ ـ ٣٠٨.

شرح بعض الألفاظ في كتاب عمر:

إذا أدلى إليك: من الإدلاء بالحجة، وهو إقامة الدليل.

وأنفذ: من الإنفاذ، أي سدِّد القضاء واجعله نافذاً أي اتبع القضاء بالتنفيذ حتى يصل صاحب الحقّ إلى حقّه.

آس: أمر بالمساواة أي اجْعل بعضهم أسوة بعض بلا تمييز.

تلجلج: تردّد وأشكل.

درأ: دفع ومنع وفي الحديث النبوي: «ادرؤوا الحدود بالشبهات».

(١) ر: كتاب تاريخ التشريع الإسلامي للأساتذة السبكي والسايس والبربري، ص/٦.

المنصوص على ما هو منصوص، وإِعطائه حكمه عند اتحاد العلة أَو السبب فيهما.

٣/ ٧ ـ أمثلة القياس:

إنَّ وقائع القياس في فقه الشريعة الإسلامية لا يمكن حصرها، فإنَّ منها يتكونُ الجانب الأعظم من الفقه، ولا يزال القياس يُعمل باستمرار في كل حادثة جديدة في نوعها لا نص عليها.

غير أننا نضرب للإيضاح الأمثلة التالية:

١ ـ ورد النص القرآني (في سورة الجمعة ٦٢/ ٩) بالنهي عن البيع وقت الأذان للصلاة يوم الجمعة، فقاسَ الفقهاء عليه حرمة التعاقد بعقود أخرى كالإجارة مثلاً، لأنَّ علة النهي أنَّ البيع يلهي المتبايعَيْن عن المبادرة والتهيؤ لصلاة الجمعة التي تتقدمها خطبة عامة توجيهية ومواعظ من الإمام. وهذا السبب موجودٌ في جميع الأعمال التجارية وسائر العقود الأخرى غير البيع، وإنْ كانت صفقات البيع هي الأكثر وقوعاً في الأسواق. وقد حكم معظم الفقهاء ببطلان البيع وسواه من العقود وقت أذان الجمعة.

٢ ـ ورد في الشريعة الإسلامية نصوص وأحكام بشأن وصي اليتيم عيَّنَت وضعه الحقوقي ومسؤوليته وصلاحيته، فقاس الفقهاء على أحكام الوصيِّ أحكام متولي الوقف للشبه المستحكم بين الوظيفتين، كما قاسوا كثيراً من أحكام الوقف نفسه على أحكام الوصيَّة. فقرروا حَجْر الإنسان عن أن يَقِفَ في مرض موته أكثر من ثلث ماله إلا بإجازة الوَرَثة، قياساً على هذا الحجر الذي ورد في الشريعة بشأن الوصية لأنَّ كليهما تبرع؛ حتى قال الفقهاء: إنَّ معظم أحكام الوقف تُسْتَقَى من الوصية.

٣ ـ ورد في الشريعة نصوص كثيرة في أحكام البيع أكثر مما ورد بشأن الإجارة، فقاس الفقهاء كثيراً من أحكام الإجارة على أحكام البيع لأنها في معناه، إذ هي في الحقيقة بيع المنافع.

٤ ـ ورد في الشريعة نصوص تجيز الوكالة الخاصة بشأن مخصوص وتثبت لها أحكاماً معيَّنة معروفة. فقاس فقهاء الحنفية عليها الوكالة العامة في الجواز والأحكام، ولم يروا بأساً بعدم تعيين الأعمال الموكل بها وجهالتها عند العقد في هذه الوكالة العامة، لأنَّ العموم يجعل المجهول كالمعلوم ويحسم النزاع، بخلاف الوكالة الخاصة إذا جهل موضوعها، كمن قال الآخر: وكلتك في بعض أعمالي، فإنها غير جائزة باتفاق الفقهاء.

٥ ـ وكذلك قاسوا أيضاً على عقد التوكيل إجازة الإنسان تصرُّفاً في بعض حقوقه صَدَر من آخر فضولاً عنه دون سابق توكيل منه، فقَرروا: أنَّ **الإجازة اللاحقة تعتبر كالوكالة السابقة**؛ فيصبح بهذه الإجازة تصرُّف الفضولي[1] نافذاً على المجيز كعمل الوكيل بمقتضى وكالة سابقة.

٦ ـ ثبت في أحكام الشريعة أنَّ الأجير مُجْبَرٌ على القيام بما استُؤْجِرَ عليه. فقاس الفقهاء عليه حكم الوكيل بالأجرة، فاعتبروه مُجْبَراً على القيام بما وكل به، لأنه بتقاضيه الأجر أصبح كالأجير، وإن كانت الوكالة في الأصل عقداً غير لازم، أي لا يوجب إلزام الوكيل بالعمل.

٧ ـ ثبت بنصوص الشريعة أنَّ مَنْ غَصَبَ شيئاً وَجَب عليه ردُّ عينه ما دام قائماً عنده، فإنْ تَلِفَ المغصوب يضمن الغاصب للمالك مثله أو قيمته، وينتقل حق المالك إلى هذا التضمين عوضاً عن الأصل الهالك؛ وذلك بقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[2].

فقاس فقهاء الحنفية على هلاك المغصوب ما لو أحدث فيه الغاصب تغييراً يحدث له به اسم جديد، كما لو غَصَب قطعة فولاذ فصنعها سيفاً، أو طحن الحنطة المغصوبة حتى صارت دقيقاً، فاعتبروا هذا التغيير

---

(١) لمعرفة معنى الفضولي انظر ما سيأتي (ف ٣٨/ ٥ سابعاً).

(٢) ر: ف ١٠/ ٢ ب. والحديث رواه أحمد والنسائي وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة. ورواه أبو داود والترمذي بلفظ: «حتى تؤدي» والحسن مختلف في سماعه من سمرة. (ر: «التلخيص الحبير» ٣/ ٥٣).

كالاستهلاك، إذ قد تغيَّر به الاسم فأصبح شيئاً آخر؛ فقالوا: إنَّ حق المالك حينئذ ينقطع من عين المغصوب، وينتقل حقه إلى تضمين الغاصب، كحكم الإتلاف المقيس عليه.

٨ ـ ورد في الحديث النبوي بشأن التوكيل في عقد النكاح أن النبي ﷺ قال عن الفتاة البكر البالغة: **«إذنها صُماتها»**[١]. أي إنها إذا استأذنها وليها بعقد نكاحها فسكتت يعتبر سكوتها توكيلاً، بمقتضى الدلالة العرفية، لأنها يغلب عليها في هذا المقام الخجل عادةً.

فقاس الفقهاء عليه ما لو زوَّجها وليُّها فضولاً دون استئمارها ـ أي استئذانها ـ ثم بلغها الخبر فسكتت، فاعتبر الفقهاء سكوتها بعد العقد إجازةً منها دلالةً عرفية، كما اعتُبِرَ سكوتها عند استئمارها إذناً منها.

٩ ـ ثبت في السنة تجويز اشتراط الخيار للمشتري في عقد البيع، أي اشتراط حق الفسخ أو الإبرام خلال مدة معينة، ويسمى: **خيار الشرط**، لأنَّ المشتري قد يحتاج إلى التروي خشية الغبن، فقد شكا أحد الصحابة، وهو حِبَّان بن منقذ، إلى النبيِّ عليه الصلاة والسلام أنه كثيراً ما يغبن في البيوع، فأرشده إلى اشتراط الخيار بقوله: «إذا بايعت فقل: لاخِلابة[٢]، ولي الخيار ثلاثة أيام»[٣].

---

(١) الصُّمات، بالضم: الصمت والسكوت. والحديث رواه مالك في الموطأ ٢/ ٥٢٤ ـ ٥٢٥، ومسلم في صحيحه ٢/ ١٠٣٧ عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الأيِّم ـ أو: الثيِّبُ ـ أحقُّ بنفسها من وليِّها، والبكر تُستأذنُ في نفسها، وإذنُها: صُمَاتُها». (ر: «تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج» لابن الملقِّن ٢/ ٣٦٥).

(٢) الخِلابة، بالكسر: الخديعة.

* (٣) أصل الحديث متفق عليه من حديث ابن عمر: أن رجلاً كان يخدع في البيوع، فقال له رسول الله ﷺ: «إذا بايعت فقل: لا خِلابة». وأما تسمية الصحابي «حبان بن منقذ» فقد وقع التصريح بها في عدة روايات. ورجح النووي أن القصة لمنقذ بن عمرو، والد حبان كما في رواية ابن ماجه ٢: ٧٨٩، والدارقطني ٣: ٥٥، والبيهقي ٥: ٢٧٣. (ر: «التلخيص الحبير» لابن حجر ٣/ ٢١).

فقاس عليه الفقهاء جواز اشتراط الخيار المذكور للبائع أيضاً لأنَّ حاجته إلى ذلك كحاجة المشتري.

وقاسوا أيضاً على أصل خيار الشرط في الجواز حالة أخرى سموها: **خيار النقد**، وهو أن يشترط البائع على المشتري المستمهل في دفع الثمن أنه إن لم يحضر الثمن خلال مدة معينة فلا بيع بينهما، وذلك خوفاً من أن يغيب المشتري طويلاً ويتأخر في الدفع، وقد أصبح المبيع ملكاً له بالعقد لا يستطيع البائعُ التصرُّفَ فيه، فيتضرر البائع ويبقى معلَّقاً تحت رحمة المشتري. فبهذا الشرط يحتاط لنفسه.

ووجه قياسه على خيار الشرط أنَّ في كليهما شرطاً يقتضي فسخ البيع بعد انعقاده دفعاً لحاجة مشروعة. (ر: الدرر شرح الغرر ٢/ ١٥٢).

هذه أمثلة قليلة ضربناها للتوضيح تعدُّ غَيْضاً من فيض من وقائع القياس في الفقه الإسلامي، فإنَّ معظم الأحكام الفقهية في النوازل الجديدة إنما ثَبَت ويثبتُ بطريق القياس.

٣/٨ ـ مما تقدم يتضح ما للقياس من شأن عظيم في إثبات الأحكام واستنباطها. فهو طريق ضروري هام لتوسيع دائرة النصوص المحدودة حتى تشمل ما لا يتناهى من الحوادث الجديدة.

ولا يغني عن القياس العموم في عبارة النص العام. لأنَّ النص العام إنما يشمل عمومه جميع الأفراد الداخلة في مفهومه فقط. أما القياس فإنه يجعل النصوص ـ حتى الخاصة منها ـ شاملة لما لا يدخل في مفهومها من أنواع الحوادث وأفرادها، وذلك بطريق الإلحاق للتشابه في العلة، فيضيف إلى مجموعة النصوص التشريعية الأصلية نصوصاً فقهية للعلماء المستنبطين لا تقف عند حد، وهي قائمة على أسس تلك النصوص الأصلية وقواعدها.

ثم إنَّ تلك الأحكام الفرعية التي تثبت بطريق الاستنباط والقياس تصبح أصولاً للقياس يقاس عليها غيرها مما يشابهها في العلل، وهكذا إلى

ما لا نهاية. وهذا من سر سَعَةِ الفقه الإسلامي الشاملة لما كان وما يكون من الحوادث.

على أنَّ هناك جماعة من فقهاء بعض المذاهب لم يقبلوا طريقة القياس واعتمدوا على ظواهر النصوص فقط، فسموا «**الظاهرية**»؛ ولم يكن لمذهبهم هذا حياة ووزن لمخالفته ضرورات الحياة التشريعية.

وقد لخص المُزَنيُّ صاحب الإمام الشافعي فكرة القياس وحجته أبلغ تلخيص، فقال:

إنَّ الفقهاء من عصر رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، استعملوا المقاييس في جميع الأحكام في أمر دينهم.

وأجمعوا على أنَّ نظير الحقّ حقّ، ونظير الباطل باطلٌ. فلا يجوز لأحد إنكار القياس، لأنه التشبيه بالأمور، والتمثيل عليها» (ر: كتاب «مالك» للشيخ محمد أبي زهرة الأستاذ في كلية الحقوق بالقاهرة، القسم الثاني ف/ ١٦٠).

الفصل الرابع

المصادر التبعيَّة: الاستحسان

٤/١ ـ إنَّ هناك مستندات أخرى شرعية لإثبات الأحكام الفقهية غير المصادر الأربعة الأساسية المتقدِّمة وقد دلت نصوص الكتاب والسنة على اعتبارها مُسْتَنَداً صحيحاً لإثبات الأحكام.

غير أنَّ تلك المصادر إنما هي في الحقيقة تبعيَّة متفرِّعة عن تلك المصادر الأربعة الأساسية. فلذا لم يعدها معظم العلماء زائدة عليها بل اعتبرت راجعة إليها.

وأهم تلك المصادر الفرعية التبعية ثلاثة سنتولى بيانها في هذا الفصل والفصلين التاليين، وهي:

- الاستحسان.
- والاستصلاح، أو قاعدة المصالح المرسلة.
- والعرف.

المبحث الأول: الاستحسان

٤/٢ ـ الاستحسان هو: **العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.**

هذا ما يعرفه به الإمام أبو الحسن الكَرْخي من أئمة المذهب الحنفي. ولعله أفضل التعاريف المأثورة للاستحسان، وأشملها لأنواعه الآتي بيَانها (ر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ٤/٣، وكتاب «أبو حنيفة» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الثاني، ف/ ١٧٤).

ومعنى ذلك أن الاستحسان هو عدول عن حكم القياس في المسألة إلى حكم آخر لسبب يقتضي هذا العدول. فإن الاستحسان هو قطع المسألة عن نظائرها القياسية، فهو عكس القياس الظاهر الذي هو: إلحاق المسألة بنظائرها في الحكم.

وبناء على نوع العلة التي تقطع لأجلها المسألة الاستحسانية عن نظائرها القياسية ينقسم الاستحسان إلى نوعين: **الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة**[1].

المطلب الأول: الاستحسان القياسي

٣/٤ ـ فأما الاستحسان القياسي فهو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدقُّ وأخفى من الأول، ولكنه أقوى حجة، وأسدُّ نظراً، وأصحُّ استنتاجاً منه.

ولشيوع هذا النوع من الاستحسان كثيراً في طريقة فقهاء الحنفية قد يقتصر بعضهم على تعريف الاستحسان على أنه هو **«القياسُ الخفي»** وهذا النوع من الاستحسان في الحقيقة إنما هو ترجيحٌ لأحد الأقْيِسَة عند تعدُّد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة، فهو من القياس وإليه.

٤/٤ ـ أمثلة الاستحسان القياسي:

ومن أمثلة الاستحسان القياسي المسائل التالية:

١ ـ إنَّ الدَّيْن المشترك[2] إذا قبض منه أحد الدائنين مقدار حِصَّته لا

---

(١) يقسِّم علماء الأصول من الحنفية الاستحسان إلى أربعة أنواع، فيزيدون نوعين هما: **استحسان السنة، واستحسان الإجماع**. وسننتقد ذلك آخر البحث (ف ٤/٨).

(٢) الدَّيْن المُشْتَرك هو ما ثبت لاثنين فأكثر في ذمَّة ثالث بسبب متحد، كشيء يملكه شخصان مناصفة بينهما إذا باعاه صفقة واحدة بثمن مؤجَّل، فثمنه يكون ديناً مشتركاً لهما على المشتري. وكذا لو لم يبيعاه بيعاً بل أتلفه شخصٌ ثالث، فإنه يضمن قيمته بسبب الإتلاف، وتكون هذه القيمة ديناً مشتركاً لهما على المتلف.
فلو لم يكن سبب الدين واحداً لا يكون ديناً مشتركاً، كما لو اقترض شخص قَرْضَين من شخصَيْن كل قرض بعقد على حِدة.

يحق له الاختصاص بها، بل لشريكه في الدَّين أن يطالبه بحصته من المقبوض. فإذا هَلَك هذا المقبوض في يد القابض قبل أن يأخذ الشريك الثاني حِصَّته منه فقد كان مقتضى القِياس الظاهر أن يهلك من حساب الاثنين، لأنهما كما يتقاسمان المقبوض إذا سلم ينبغي أن يتحملا معاً تبعة هلاكه إذا هلك.

ولكن في الاستحسان يُعتبر الهالك في يد القابض هالكاً من حصته فقط، وتكون الحصة التي لم تقبض هي للشريك الثاني. وذلك لأنه في الأصل لم يكن ملزماً بمشاركة القابض فيما قبض، بل له أن يترك المقبوض للقابض ويلاحق المدين بحصته.

٢ ـ من القواعد المقرَّرة أنَّ المرء مؤاخَذٌ بإقراره في حق نفسه لا في حق غيره، فلو أقرَّ مثلاً أنه وأخاه مدينان بمبلغ، يلزم هو بما يصيبه منه، ولا يلزم أخوه إن أنكر. وعلى هذا، لو ادَّعى شخصٌ أنه وكيل عن دائن غائب بقبض دَيْنه، فأقرَّ المدين بوكالته، يؤمر بدفع الدَّيْن إليه عملاً بإقراره.

وبناء عليه، إذا أودع أحدٌ شيئاً عند آخر وغاب. فادَّعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته، فأقرَّ الوديع له بالوكالة، فإنَّ مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدَّيْن أن يُلزم الوديع بتسليم الوديعة إليه.

لكن الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة إليه ولو كان الوديع مقرّاً بوكالته، لاحتمال أن يحضر صاحب الوديعة فينكر التوكيل، وتكونُ وديعته قد ذهبت، وربما لا يمكن استردادها، وإنَّ حقَّه متعلِّقٌ بعينها. بخلاف صورة الدَّيْن، فإنَّ حق الدائن فيها متعلِّق بذمَّة المدين لا بعين المبلغ الذي يدفعه هذا المدين إلى زاعم الوكالة بالقبض. فإذا حَضَر الدائن فأنكر الوكالة يتبيَّن أن الدفع السابق لم يكن قضاء صحيحاً للدَّيْن، لعدم ثبوت وكالة القابض، فيكون حق الدائن باقياً على حاله في ذمَّة المدين ويكلَّف بالدفع ثانية إلى الدائن، وله حق الرجوع على القابض ليسترد منه ما دفعه إليه، فيؤمر بالدفع ثانية إلى الألف الذي أنكر الوكالة.

وإيضاح ذلك أنَّ عملية وفاء الدَّيْن في الواقع وبالنظر الفقهي هي أنَّ

المدين يدفع من **مال نفسه** ما يعادل الدَّين. فإقراره بوكالة القبض هو اعتراف منه بلزوم تسليم ماله إلى مدَّعي الوكالة وفاء لدين الدائن، **فهو إقرار على نفسه**، فإذا لم تثبت الوكالة فيما بعد كان هو المفرِّط في مال نفسه، فيؤمر بالدفع ثانية إلى الدائن الذي أنكر الوكالة.

أما الوديعة فإنَّ حق مالكها متعلق بعينها ذاتها لا بذمّة الوديع. فيكون إقرار الوديع بوكالة قبضها اعترافاً منه بلزوم تسليم مال غيره إلى شخص ثالث. **فهو إقرار على غيره** لا على نفسه؛ فلو أنفذناه كان ذلك تفريطاً في حق المالك بمجرد إقرار غيره. (ر: الدر المختار ورد المحتار، باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤/ ٤١٣ ـ ٤١٤).

٣ ـ من المقرَّر فقهاً أنَّ المرهون مضمون على الدائن المرتهن بما يعادل الدَّين، فإذا هَلَك المرهون في يده، وكانت قيمته مساوية للدَّيْن سقط الدَّيْن. حتى إنَّ المرتهن لو كان قد استوفى الدَّيْن قبل هلاك المرهون يرد ما استوفاه.

وعلى هذا: لو أبرأ الدائنُ المرتهنُ ذمَّة المدين عن دَيْنه، ثم هلك المرهون قبل إعادته، فإنَّ مقتضى القياس الظاهر أن يضمن المرتهن للراهن قيمته قياساً لحالة الإبراء على حالة الاستيفاء، إذ يبقى المرهون مضموناً بعد استيفاء الدَّين حتى يعاد.

ولكن الاستحسان عدم ضمان المرهون بعد الإبراء عن الدَّين، واعتبار المرتهن بعد إبرائه للمدين كالفاسخ للرهن لأنَّ الدائن المرتهن يستقل بفسخ الرهن، إذ هو توثيق لحقه، وإذا فسخه انقلب المرهون أمانة في يده، فلا يضمن هلاكه عندئذ إلا بالتعدي عليه أو التقصير في حفظه (ر: رد المحتار ٥/ ٣٣٥ و ٣٣٨).

المطلب الثاني: استحسان الضرورة

٤/ ٥ ـ وأما استحسان الضرورة فهو ما خُولف فيه حكم القياس نظراً إلى ضرورة موجِبة أو مصلحة مُقْتَضية، سداً للحاجة أو دفعاً للحرج.

فمحله عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لحرج أو مشكلة في بعض المسائل؛ فيعدل حينئذ عنه استحساناً إلى حكم آخر يزول به الحرج وتندفع به المشكلة. وذلك لأنَّ المسائل التي يقاس بعضها على بعض ـ وإن كانت من جنس واحد وقائمة على أسس مشتركة ـ قد تختلف نتائجها عدلاً وجَوْراً، أو عسراً ويسراً، باختلاف موضوعاتها وما يكتنفها من عوارض وملابسات.

فالاستحسان يكون في مثل هذا طريقاً للفقهاء إلى الأحكام المصلحية التي تتفق مع المنطق الفقهي ومقاصد الشريعة، عندما يلوح في اطراد القياس سوء النتائج.

وهذا النوع من الاستحسان يرجع في الحقيقة إلى نظرية المصالح المرسلة الآتي بيانها في البحث التالي، كما سنرى.

٤/٦ ـ أمثلة استحسان الضرورة:

ومن أمثلة استحسان الضرورة المسائل التالية:

١ ـ من المقرر شرعاً أنَّ الأمين كالوديع مثلاً، إذا هلك لديه مال الأمانة بلا تعد ولا تقصير في حفظه لا يضمن شيئاً من قيمته.

ويستمر القياس كذلك في كل أمانة بيد أمين، كمالِ الشَّرِكة في يد أحد الشريكَيْن، والمأجور في يد المستأجر، والعاريّة في يد المستعير الخ... ومن ذلك مال المستأجر في يد الأجير، فينبغي أن لا يضمن مطلقاً إذا تلف بلا تعدّ عليه من الأجير ولا تقصير منه في حفظه.

ولكنهم فرَّقوا في الاستحسان بين الأجير الخاص وهو الذي يبيع وقته جميعاً لمستأجره ليعمل عنده ولا يشتغل في فراغه عند سواه، كالخادم والسائس ونحوهما، وبين الأجير العام أو المشترك وهو الذي يبيع عمله في مهنة معينة لكل راغب، كالصبَّاغ والخبَّاز والنجَّار إلخ.. فقالوا: إنَّ الأجير المشتَرَك إذا هلك مال مستأجره لديه يضمنه استحساناً على خلاف القياس،

إلا إذا كان التلف بسبب لا يمكن التحرُّز عنه كالحريق الغالب. وذلك كي لا يتقبل من أعمال الناس أكثر من طاقته طمعاً في زيادة الربح، فيعرض أموالهم للهلاك أو الضياع لديه بطول المَكْث.

وهذا الحكم قد أخذ به الاجتهاد المالكي أيضاً بداعي المصلحة[1].

٢ ـ من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أنَّ مَنْ دفع من ماله شيئاً عن غيره **بلا أمرٍ منه** في أداء نفقة، أو قضاء دَيْن، أو وفاء أي حق مالي آخر، فإنه يعتبر متبرعاً فيما دفع عن غيره، سواءٌ أقصد التبرع أو لم يقصد، وليس له الرجوع على المدفوع عنه إلا أن يكون الدافع مضطراً إلى الدفع[2].

وعلى هذا إذا سَلَّم أحد إلى غيره مالاً وأمره أن يشتري له به شيئاً أو يقضي عنه به دينه، أو ينفق له منه على عياله أو بنائه ونحو ذلك، فأمسك المأمور عنده ما سُلم إليه، واشترى أو قضى أو أنفق من مال نفسه فيما

---

* (١) قال الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في بحث المصالح المرسلة من كتابه «مالك» ف/ ٢١٨/ نقلاً عن كتاب «الاعتصام» للإمام الشاطبي ما نصه:

«واتفق الخلفاء الراشدون على تضمين الصُّنَّاع مع أنَّ الأصل أن أيديهم على الأمانة، ولكن وجد أنهم لو لم يضمنوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة الناس وأموالهم، وفي الناس حاجة شديدة إليهم، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ما تحت أيديهم، ولذلك قال علي رضي الله عنه في تضمينهم: «لا يصلح الناس إلا ذاك» اهـ.

أقول: إنَّ هذه المسألة ومسائل أخرى سواها قد ذكرها فقهاء المالكية مثالاً لقاعدة **«المصالح المرسلة»** عندهم، وذكرها فقهاء الحنفية مثالاً للاستحسان عندهم (ر: كتاب الإجارة من الدرر شرح الغرر ٢/ ٢٣٧).

وهذا يؤيد ما سننبه عليه في بحث المصالح المرسلة الآتي من أنَّ نظرية المصالح عند المالكية هي نظير استحسان الضرورة عند الحنفية موسَّعاً.

* (٢) من صور الاضطرار إلى الأداء عن الغير ما لو كان مال الإنسان مرهوناً بإذنه في دَيْن على غيره ـ وهي مسألة المستعار للرهن ـ والمدين لا يفكه فإنَّ للمالك أن يفك الرهن عن ماله بأن يدفع دين المدين ويرجع عليه، ولا يعتبر متبرعاً لاضطراره إلى تخليص ماله (ر: الدر المختار ورد المحتار ٥/ ٣٣١).

أمره الدافع، بقصد أن يستوفي بعد ذلك مما دفعه إليه، فمقتضى القياس الظاهر أن يعتبر المأمور متبرعاً بالدفع، ويرد إلى الآمر ما أخذ منه.

ولكن قالوا أنه في الاستحسان لا يعتبر متبرعاً تيسيراً للمعونات، ودفعاً للحرج في سبيلها، فيجري التقاص بين ما دفع من ماله وبين ما في يده من مال الآمر (ر: رد المحتار، كتاب الوكالة ٤/ ٤١٥).

٣ ـ إنَّ الأموال الكيلية أو الوزنية تعد شرعاً من الأموال الربوية التي يجري فيها ربا الفضل: أي لا يجوز إقراض شيء منها واستيفاء أكثر منه. وكذا لا يجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه أكثر منه.

ولكن فقهاء الحنفية حكموا بجواز استقراض الخبز عدداً بين الجيران، وإن تفاوت وزن الأرغفة التفاوت المعتاد؛ استحساناً على خلاف القياس، نظراً للضرورة وحاجة الناس مع انتفاء فكرة الربا والاسترباح في هذه العملية، لأنَّ هذا التفاوت من التوافه المهدرة عرفاً[1].

(ر: رد المحتار ٤/ ١٧٢ و ١٨٧).

وإلى هذا ذهب الاجتهاد المالكي أيضاً:

٤/ ٧ ـ هذه أمثلة هي قليل من كثير من المسائل الاستحسانية المنبثة في الفقه الحنفي من كلا النوعين، أعني الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة.

ومنها يتضح أنَّ الاستحسان مقدَّم على القياس عند تعارضهما.

---

(١) ينبغي أن يعتبر مثل ذلك في صرف النقود الفضية ونحوها بأجزائها الصغرى عندما يكون وزن مجموع الأجزاء أقل أو أكثر من وزن القطعة المستبدل بها.

ويتردد اليوم بعضهم في ذلك غلواً وتشدداً محرجاً في الدين بلا موجب، مع أنَّ هذا الصرف أشد حاجة وأولى بالجواز الشرعي من استقراض الخبز عدداً بين الجيران، لأنَّ الأجزاء المستبدلة والقطعة النقدية المستبدل بها متساويان قيمة وعرفاً، ولا يصلح ذلك ذريعة للمراباة والاسترباح.

وعن هذا يقول الفقهاء: إذا ذكر في مسألة أنَّ الحكم فيها كذا قياساً، وعكسه استحساناً، فحكم الاستحسان هو الراجح المعمول به دائماً. وذلك لأنَّ الاستحسان في الحقيقة إنما هو علاج لما قد يترتَّب على القياس من مشكلات الأحكام في بعض الأحيان.

٤/٨ ـ نقد التقسيم التقليدي للاستحسان:

هذا، وبعد أن عرفنا مما سبق بيانه حقيقة معنى الاستحسان ورتبته في مصادر الأحكام وأدلتها، من حيث إنه في الحقيقة طريقة تعديلية لمعالجة ما يؤدي إليه اطراد القياس في بعض المسائل من غلو ومساوىء، نقول:

إنَّ معظم علماء أصول الفقه الحنفي يقسمون الاستحسان إلى أربعة أقسام، فيزيدون على هذين النوعين المشروحَيْن نوعَيْن آخرَيْن هما:

ـ **استحسان السنَّة**، وهو لديهم عدول عن حكم القياس إلى حكم مخالف له ثبت في السنة.

ـ **واستحسان الإجماع**، وهو عدول أيضاً عن مقتضى القياس إلى حكم آخر انعقد عليه الإجماع، كما في صحة عقد الاستصناع المتقدِّم ذكره في بحث الإجماع[(١)].

ولا يخفى أنَّ التعميم والتنويع في معنى الاستحسان الاصطلاحي غير سديد، وهو إقحام للشيء في غير محله.

فمن الواضح بعدما سبق بيانه أنَّ الحكم الثابت فيما يسمونه استحسان السنة أو استحسان الإجماع، إنما يضاف ثبوته إلى السنة أو الإجماع، أي إلى نص الشارع وما في حكمه، لا إلى قياس أو استحسان.

---

(١) ر: «كشف الأسرار» للعلامة الشيخ عبد العزيز البخاري، شرح «الأصول» لفخر الإسلام البزدوي، ٣/٤، وكتاب «أبو حنيفة» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الثاني، ف/١٧٤.

فالاستحسان المقصود إنما هو عدول من الفقيه المُسْتَنْبِط عن حكم القياس حيث يجوز القياس لفقدان النص التشريعي. وإن القرآن ثم السنة ثم الإجماع مصادر ثلاثة أساسية مقدَّمة في الرتبة على القياس، فلا مجال لقياس ولا استحسان إلا فيما لم يرد من الأحكام في أحد تلك المصادر الثلاثة.

فإطلاق اسم الاستحسان على هذين النوعين هو حشر للشيء في غير زمرته، وتوسُّع في لفظ الاستحسان يورث اشتباهاً في تمييز الحقائق[1].

على أنَّ ما ورد به النص منحرفاً عن قياس أمثاله لمصلحة لحظها الشارع الآمر إنما هو في الحقيقة **استحسان الشارع** وليس الكلام فيه، وإنما الكلام في **استحسان الفقيه** المستنبِط الذي يطبِّقُ نصوص الشارع ويقيس عليها، ويستحسن على وفقها، مستلهماً من غرض الشارع ومقاصد شريعته[2].

٤/٩ ـ وقد اشتهر أبو حنيفة وأتباعه من فقهاء مدرسته بطريقة الاستحسان وبناء الأحكام عليها، وبَرَعوا في الاستنباط الاستحساني براعة عدلوا فيها كثيراً من غلوّ القياس الظاهر عندما يؤدي إلى مشكلة في

* (١) ولعل السبب في هذا التساهل هو رغبة الاستحسانيين أن يقطعوا حجة مخالفيهم الذين يعتبرون طريقة الاستحسان قولاً بالرأي والهوى المجرَّد عن دليل شرعي، فأراد الاستحسانيون بهذا التوسيع لمعناه الأصلي أن يفهموهم أنَّ من معناه الاستناد إلى السنة أو الإجماع أو القياس.

* (٢) والفرق بين استحسان الشارع واستحسان الفقيه المستنبِط يشبه بعض الشبه الفرق في اصطلاح علماء القانون اليوم بين القرائن القانونية والقرائن القضائية.

والقرائن القانونية: هي التي عيَّنها الشارع أو واضع القانون ورتَّب عليها حكماً خاصاً نصَّ عليه لا رأي للقاضي في تقديره. وذلك كتقادم الحق حيث يمتنع على القاضي سماع الدعوى بحق متقادم وذلك لدلالته بنظر الشارع على الشك في الحق المتقادم حتى منع سماع الدعوى به.

والقرائن القضائية: هي من قبيل البيِّنات والدلائل التي يعود للقاضي تقدير قوتها الاثباتية في وقائع الدعوى.

وشتَّان ما بين النوعين، فإنَّ الأولى من أدلة الشارع التي يلحظها في تشريعة الآمر، والثانية من أدلة القاضي المنفذ في تمحيصه للوقائع.

المصلحة التطبيقية[1].

وقد أخذ الاجتهاد المالكي أيضاً بطريقة الاستحسان وتوسَّع فيها أكثر من الحنفية علاجاً لغلو القياس. ولكن المالكية لا يسمون القياس الخفيَّ استحساناً كما في اصطلاح الحنفية، وإنما الاستحسان عند المالكية أن يترك القياس الظاهر لأحد أمور ثلاثة:

إذا عارضه عُرْف غالب، أي عادة شائعة.

أو عارضته مصلحة راجحة.

أو أدى إلى حرج ومشقة.

فيكون الحكم الاستحساني عندهم أيضاً من قبيل ترجيح مصلحة جزئية في حكم معين كانت تقضي القواعد القياسية بخلافه. وذلك لأنَّ نصوص الشريعة الإسلامية تضافرت على وجوب رعاية المصلحة ودفع الحرج. كقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ (سورة البقرة ٢/ ١٨٥) وقوله أيضاً: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾. (سورة الحج ٢٢/٧٨) وقول النبي عليه الصلاة والسلام: «لا ضَرر ولا ضرار»[2] قال القاضي ابن رشد الحفيد المالكي في بداية المجتهد (٢/ ١٥٤): **«ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل»**.

---

* (١) المأثور عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يقيس، حتى إذا قبح القياس وأدى إلى غلو في الحكم استحسن، أي عدل عنه إلى الاستحسان.

وقد قال تلميذه الإمام محمد بن الحسن الشيباني: **«كان أبو حنيفة إذا قاس نازعه أصحابه المقاييس، فإذا قال: استحسن، لم يلحق به أحد»** (ر: كتاب «أبو حنيفة» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الثاني، ف/١٧٢. وكتاب «مالك» له أيضاً، القسم الثاني ف/ ١٧٢).

(٢) هو الحديث الثاني والثلاثون من الأربعين النووية. وقال النووي: حديث حسن، رواه ابن ماجَهْ والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في «الموطأ» عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلاً، فأسقط أبا سعيد (الخدري) وله طرقٌ يَقْوى بعضها ببعض انتهى (ر: ف ١/ ١٧).

وهذا في الحقيقة نظير استحسان الضرورة في الاجتهاد الحنفي.

٤/ ١٠ ـ ومن الأمثلة التي يبرز فيها غلو اطراد القياس الظاهر وجوره، واختلف الاجتهاد في معالجتها بالاستحسان، القضية المعروفة باسم **«المسألة المشتركة»** في الفرائض، أي في أحكام الميراث، وهي أن تموت امرأة عن زوج، وأم، وأخوين لأم، وأخوين شقيقين.

فالزوج والأم والإخوة لأم هم من أصحاب الفرائض الإِرثية المحددة. أما الأخوة الأشقاء فهم من العَصَبات[1]. والقاعدة في الميراث هي: **أنَّ العصبات إنما يأخذون ما يزيد عن أصحاب الفرائض.**

فمقتضى القواعد القياسية في هذه الحادثة هو: أن يرث الإخوة لأمِ ولا يرث الأشقاء، لأنَّ الفريضة الإرثية للزوج هنا نصف التركة؛ وللأم السدس؛ وللإخوة من الأم الثلث، فلا يبقى شيء للإخوة الأشقاء وهم العَصَبات. وهذا يؤدي إلى مشكلة من الغرابة بمكان، إذ يرث عندئذ الأخ لأم، ويحرم الشقيق!! وإلى هذا ذهب بعض الصحابة، وعليه الاجتهادان الحنفي والحنبلي.

ولكن عمر بن الخطاب وفريقاً آخر من الصحابة رضي الله عنهم ذهبوا إلى اشتراك الأشقاء مع الإخوة لأم في نصيبهم بالثلث استحساناً، باعتبار أنَّ الجميع أولاد أم واحدة، فالأشقاء يشاركونهم في سبب الإرث من جهة الأم.

وبذلك سنَّ عمر سُنَّة الاستحسان المقيم للعدالة الدافع للحرج، وإلى هذا ذهب الاجتهادان المالكي والشافعي، وهو الأوجه.

---

(١) العصبة في اصطلاح علم الفرائض هو كل قريبٍ ذكر يتَّصل إلى الميت بمحض الذكورة، أي لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى، وذلك كالعم وابنه، وكالأخ وابنه، فإنهم من العَصَبات. بخلاف العمة مثلاً لأنها أنثى، وبخلاف الخال وابنه لأنَّ واسطة قرابتهما الأم وهي أنثى.

ويروى أنَّ عمر رضي الله عنه لما رُفِعَت إليه هذه القضية، فرأى فيها أولاً أنَّ للإخوة من الأم الثلث فريضةً، فلا يبقى شيء للإخوة الأشقاء، قال له هؤلاء: «هب أن أبانا كان حماراً، أَلَسْنا لأم واحدة؟!».

فرَجَع عمر وقضى باشتراكهم جميعاً في الثلث (ر: إعلام الموقعين لابن القيم ٢/٤٨، طبعة الكردي، وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٩٠، وشرح المنظومة الرحبية للسِّبْط المارديني، باب المسألة المشتركة)[1].

(١) قد عدلت الحكومة المصرية بقانون خاص صدر سنة ١٣٦٥ هـ = ١٩٤٦ م عن حكم المذهب الحنفي في المسألة المشتركة، وأوجبت فيها العمل بحكم الاشتراك وفقاً لمذهب مالك والشافعي، وحَسَناً فعلت.
وكذلك فعلت سورية أخيراً في قانون الأحوال الشخصية الجديد سنة ١٩٥٣ م.

الفصل الخامس

المصادر التبعية:

الاستصلاح، والمصالح المرسلة

مخطط الفصل:

تعريف الاستصلاح:

إيضاح فكرة المصالح والمفاسد.

أ ـ المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة.

ب ـ الاعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة:

(الضروريات والحاجيات والتكميليات).

العوامل الداعية إلى الاستصلاح:

(سد الذرائع وتغيُّر الزمان).

الوفق والفرق بين الاستصلاح والاستحسان.

أنواع الأحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة:

ـ في الإدارة العامة.

ـ في النظام القضائي.

ـ في الحقوق الخاصة.

الاستحسان والاستصلاح في المذاهب الاجتهادية.

تعارض المصالح المرسلة مع نصوص الشريعة:

ـ المصلحة تجاه النص القطعي.

ـ المصلحة تجاه النص غير القطعي:

ـ في المذهب المالكي.

ـ في المذهب الحنفي.

الملحق بهذا الفصل: الاستصلاح والسياسة الشرعية.

١/٥ ـ الاستصلاح: هو بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسَلَة[١].

والمصالح المرسلة: **هي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو بنوعها.**

فهي إنما تدخل في عموم المصالح التي تتجلى في اجتلاب المنافع، واجتناب المضار، تلك المصالح التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها بوجه عام، ودلت نصوصها وأصولها على لزوم مراعاتها والنظر إليها، في تنظيم سائر نواحي الحياة، ولم يحدد الشارع لها أفراداً ولذا سميت: مرسلة، أي مطلقة غير محددة.

فإذا كانت المصلحة قد جاء بها نص خاص بعينها، ككتابة القرآن صيانة له من الضياع، وكتعليم القراءة والكتابة[٢]؛ أو كانت مما جاء نص عام في نوعها يشهد له بالاعتبار، كوجوب تعليم العلم ونشره بوجه عام، وكالأمر بكل أنواع المعروف، والنهي عن جميع فنون المنكر، فعندئذ تكون من المصالح المنصوص عليها عيناً أو نوعاً لا من المصالح المرسلة، ويعتبر حكمها ثابتاً بذلك النص لا بقاعدة الاستصلاح.

٢/٥ ـ إيضاح فكرة المصالح والمفاسد.

وإيضاحاً لفكرة المصالح المرسلة في الإسلام إجمالاً نقول: إنَّ المصلحة عكس المفسدة. وكل منهما محل نظر من جهتين:

---

(١) عبر الإمام الغزالي في «المستصفى» عن استعمال قاعدة المصالح المرسلة في بناء الأحكام الشرعية باسم: **«الاستصلاح»**، وهو تسمية جديدة في مقابل لفظ **«الاستحسان»** وهو أفضل من تعبير غيره عن ذلك بلفظ «المصالح المرسلة» الذي لا يفيد إلا معنى المصالح نفسها لا معنى **عملية بناء الأحكام على أساسها.**

(٢) ثبت أنَّ النبي ﷺ كان له كتبة للوحي يستكتبهم القرآن عند نزوله. وثبت أيضاً أنه جعل فداء أسرى بدر من المشركين العالمين بالقراءة والكتابة، أن يقوم كل منهم بتعليم عشرة من المسلمين الأميين القراءة والكتابة.

- من جهة المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة.

- ومن جهة اعتبارهما في نظر الشارع.

٣/٥ - (أ) - المعنى الذاتي للمصلحة والمفسدة:

فبالمعنى الذاتي تُفَسَّر المصلحة بالمنفعة، وتفسَّر المفسدة بالمضرَّة مطلقاً سواء أكان النفع أو الضرر شخصياً أو عاماً، غالباً أو مغلوباً، عاجلاً أو آجلاً إلخ..

فالعلم والربح واللذة والراحة والمتعة والصحة ونحوها كلها مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها بأيِّ طريق حصلت.

والجهل والخسارة والألم والتعب إلخ.. كلها مفاسد في ذاتها مضرَّة بأصحابها.

ولكن هذا النظر الذاتي في تحديد المصلحة والمفسدة هو نظر قاصر لا يكفي، ولا يصلح لبناء الأحكام الشرعية عليه:

- فإنَّ اللذة الوقتية مثلاً قد تعقب آلاماً أو مضار لصاحبها ولغيره في نفسه أو شرفه أو ماله، كشرب المسكرات؛ وإنَّ الراحة قد تعقب خساراً كبيراً وتعباً؛ وإنَّ الربح في بعض صوره أو طرقه قد يقوم على ظلم الغير أو على طرق غير شريفة لها ضرر أكبر من الربح.

- وبالعكس قد نجد بعض الآلام أحسن نتيجة من عدمها، كآلام العلاج والمداواة؛ وكذلك بعض المتاعب والمصاعب قد تتوقف عليها أطيب الثمرات. فالجهاد على ما فيه من ضرر بالأنفس والأموال تتوقف عليه حياة الأجيال الحاضرة والمستقبلة في الأمة، وأمانها من خطر أعدائها.

لذلك وجب أن يُتَّخَذَ للمصالح والمفاسد التي يبنى عليها التشريع العام مقياس آخر غير المعنى الذاتي، يعتبر به الشارع مصلحة الفرد

والمجتمع معاً، ويوازن بين عاجل الحوائج وآجل النتائج، فلا يُعتبر عندئذ مصلحة أو مفسدة إلا ما اعتبره الشارع كذلك، قطعاً لفوضى المقاييس الشخصية وتضاربها فتكون العبرة في ذلك إنما هي للاعتبار الشرعي.

٤/٥ ـ (ب) ـ الاعتبار الشرعي للمصلحة والمفسدة:

إنَّ المصالح والمفاسد التي تعتبر مقياساً للأمر والنهي في الشرع الإسلامي هي التي تتفق أو تتنافى مع مقاصد الشريعة. وإنَّ من أول مقاصدها صيانة الأركان الخمسة الضرورية للحياة البشرية وهي: **الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال**؛ ثم ضمان ما سواها من الأمور التي تحتاج إليها الحياة الصالحة مما دون تلك الأركان الضرورية في أهميتها.

وتلك الأركان الخمسة قد اتفقت الشرائع الإلهية، بل والوضعية أيضاً، على وجوب احترامها وحفظها. وقد ذكر الغزاليُّ في «المستصفى» أنَّ حرمتها لم تبح في ملَّة قط.

وعلى هذا نرى أنَّ علماء الفقه الإسلامي قسموا الأعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي، وبحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها إلى ثلاثة أقسام:

الأول: الضروريات. وهي الأعمال والتصرُّفات التي تتوقف عليها صيانة الأركان الخمسة السالفة البيان.

والنظر الشرعي أنَّ هذه الأمور الخمسة لا بد منها للحياة الصالحة، فإذا فُقِد بعضها انهارت الحياة الإنسانية أو اختلَّت وفسَدَت.

ولذا شُرِعَت العبادات، وأبيح بل وجب الأكل والشرب واللبس بما يصون الأبدان ويستر السوآت، كما نظمت أحكام المعاملات لصيانة الحقوق والأموال، وشُرِعَت العقوبات والتضمينات، أي المسؤوليات المالية، زجراً عن العدوان وجَبْراً للحقوق.

فأساس الأعمال التي تعدُّ من المصالح الضرورية أن لا تقوم تلك الأمور الخمسة التي هي من أركان الحياة البشرية الصالحة إلا بمراعاتها.

الثاني: الحاجيات. وهي الأعمال والتصرّفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الأركان الخمسة، ولكنها تتطلبها الحاجة لأجل التوسعة ورفع الحرج، كإباحة الصيد والتمتع بالطيبات التي يمكن أن يستغني عنها الإنسان ولكن بشيء من المشقة؛ وكتشريع عقد الاستئجار وكثير من أنواع المعاملات.

ففتح طريق الاستئجار في المعاملات المدنية يحقق للناس وفاء حاجة كبرى، إذ يتمكن به كل منهم أن ينتفع بملك غيره لقاء عوض يسير بالنسبة إلى قيمة عين الشيء المأجور. ولو سُدَّ طريق الاستئجار لما تعطلت حياة الناس وما فسدت أوضاعهم، ولكن ينالهم حرج كبير: إذ يضطر الإنسان أن يملك عين ما يحتاج إليه ولو حاجة موقتة.

الثالث: التكميليات، أو التحسينيات. وهي التي لا تتحرج الحياة بتركها ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق أو من محاسن العادات، فهي من قبيل استكمال ما يليق، والتنزُّه عما لا يليق، كآداب الكلام والطعام والشراب، وكالاعتدال في المظاهر، والاقتصاد في المصارف دون إسراف ولا تقتير ونحو ذلك.

وعلى هذا فالأحكام التي شُرعت لصيانة الأركان الضرورية هي أهم الأحكام وأحقها بالمراعاة، وتليها الأحكام المشروعة لضمان الحاجيات، ثم الأحكام المشروعة للتحسين والتكميل.

ولا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بما هو ضروري أو حاجي، لأنَّ الفرع لا يراعى إذا كان في مراعاته والمحافظة عليه تفريط في الأصل. ولذلك أبيح شرعاً كشف العورة عند الاقتضاء لأجل تشخيص داء، أو لمداواة أو عملية جراحية ضرورية، لأنَّ ستر العورة من الأمور التحسينية التي غايتها أدبية؛ أما العلاج فمن الضروريات لأنَّ به صيانة النفس أو العقل أو النسل. (ر: كتاب «أصول الفقه» للأستاذ الجليل الشيخ عبد الوهاب الخلاف ص/١٦٣ الطبعة الثانية، و «المدخل إلى علم أصول

الفقه» للزميل الأستاذ المحقق الدكتور معروف الدواليبي ص/٤١٦ ـ ٤١٧ الطبعة الثانية).

هذه هي الأسس التي يعتبرها الشرع الإسلامي في وزن المصالح المرسلة أنواعاً ودرجات، وهي ترسم مقاصد الشريعة كما تدل عليه دلائل نصوصها في شتى الموضوعات والقضايا والأحكام.

فكل ما يؤيد هذه المقاصد الشرعية ويساعد على تحقيقها فهو مصلحة مطلوبة طلباً قوياً أو ضعيفاً بحسب موقعها في تلك الأقسام الثلاثة. وكل ما ينافيها فهو مفسدة ممنوعة منعاً شديداً أو ضعيفاً بحسب نوع المقصد الشرعي الذي تخل به[1].

ويتَّضح مما تقدم أنَّ التحسينيات منها ما هو من **المندوبات** أي المطلوبة طلباً خفيفاً على سبيل الأولوية والأفضلية كآداب الطعام ونحوها، ومنها ما هو من **الفرائض** أي المطلوبة شرعاً على سبيل الحتم والإيجاب كستر العورة؛ لأنَّ معنى كون الشيء من التحسينيات هو أن الناس يمكنهم الاستغناء عنه في حياتهم المادية دون حرج، ولكنه قد يكون مما تقتضي الاعتبارات الأدبية والمعنوية تحتيمه وإلزام الناس به.

٥/٥ ـ كل أمر فيه جهتا نفع وضرر؛ والعبرة شرعاً للغالب:

هذا، ومن المسلَّم به أن كل أمر من الأمور فيه جهة نفع وجهة ضرر متعادلتان أو متفاوتتان: فإذا كانت جهة النفع في الشيء هي الغالبة فهو

---

* (١) أوضح الأمام الغزالي في كتابه «المستصفى» في أصول الفقه أسس هذه المصالح المرسلة وأقسامها الثلاثة (الضروريات الخمس، والحاجيات، والتحسينيات).

ثم جاء الإمام أبو إسحاق الشاطبي المالكي فأفاض فيها تبياناً وتعليلاً وتحليلاً بما لم يسبق إليه في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة».

ثم تناولها في هذا العصر ببحث ماتع الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة بمصر في كتابه **«مالك»**.

كما تناولها بمعالجة مبتكرة مع إضافات قيمة الشيخ الجليل محمد الطاهر ابن عاشور علّامة تونس في كتابه: **«مقاصد الشريعة الإسلامية»** (تونس، طبعة أولى، ١٣٦٦ هـ).

مصلحة بالمعنى العرفي، وإن اشتمل على ضرر مغلوب. وإذا كانت جهة الضرر هي الغالبة فهو مفسدة بالمعنى العرفي، وإن اشتمل على نفع مغلوب. ولذا كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة فيه من مصلحة أو مفسدة، أي من نفع أو ضرر.

وعلى هذا فكل شيء أو فعل إنما يكون مشروعاً أو ممنوعاً بحسب **رجحان نفعه أو رجحان ضرره**، لا لأنه نفع محض أو ضرر محض. وتقدير ذلك إلى نظر الشارع.

ومن المقرَّر في هذه الحال أنَّ الجهة المرجوحة المغلوبة من نفع أو ضرر غير مقصودة للشارع في أوامره ونواهيه، بل هي متغاضى عنها في سبيل الجهة الراجحة.

- ففي المطلوبات يكون الضرر المرجوح نظير الأشواك في الطريق الموصل إلى الغاية، فهذه الأشواك غير مقصودة الوجود بالنسبة إلى السالك.

- وفي المكروهات يكون النفع المرجوح نظير الربح المادي في عمل شائن يأباه الإنسان. فذلك الربح غير مقصود الترك لذاته، بل مقصود الشخص في الترك إنما هو اجتناب العمل الشائن، لا اجتناب الربح.

ومن المقرر أيضاً أنَّ المصالح التي يعتبرها الشرع ويرعاها لا عبرة لكونها موافقة لأهواء المكلفين وشهواتهم أو مخالفة، وإنما هي ما يقيم شأن الدنيا على أن تكون جسراً للآخرة، فتبني حياة صالحة فاضلة متعاونة على الخير والبر.

وقد أوضح الإمام الشاطبي هذا المعنى واستقصى الأدلة عليه، في «الموافقات» (٢/٢٦ و ٢٧) وقال:

«وهذا النظر كله أساسه كون المصالح مشروعة لإقامة هذه الدنيا لا لنيل الشهوات، ولا لإجابة داعي الهوى».

٦/٥ ـ العوامل الداعية إلى الاستصلاح:

يمكننا بعد ما تقدم بيانه أن نقسم العوامل والدواعي، التي توجب على الفقيه الشرعي أو الحاكم الآمر أن يلجأ إلى قاعدة الاستصلاح في استحداث أحكام جديدة في ظل الشريعة الإسلامية، إلى أربعة عوامل:

١ ـ **جلب المصالح**: وهي الأمور التي يحتاج إليها المجتمع لإقامة حياة الناس على أقوم أساس، كفرض الضرائب العادلة عند الحاجة لأجل تمويل الخدمات العامة، والمشروعات الهامة المفيدة.

٢ ـ **درء المفاسد**: وهي الأمور التي تضرُّ بالناس أفراداً أو جماعات سواء أكان ضررها مادياً أو خلقياً.

ومقياس الفساد هو قواعد الشريعة ومقاصدها المستفادة من نصوصها الثابتة، والتي يتألف منها نظام الإسلام.

٣ ـ **سد الذرائع**: أي منع الطرق التي تؤدي إلى إهمال أوامر الشريعة أو الاحتيال عليها، أو تؤدي إلى الوقوع في محاذير شرعية ولو عن غير قصد.

٤ ـ **تغيُّر الزمان**: أي اختلاف أحوال الناس وأوضاع الحياة العامة عما كانت عليه.

فكل واحد من هذه العوامل الأربعة يدعو إلى سلوك طريق **الاستصلاح**، باستحداث الأحكام المناسبة المحققة لغايات الشرع ومقاصده في إقامة الحياة الاجتماعية على أصلح منهاج، ليكون منها في المجتمع أحسن نتاج.

فأما العاملان الأولان، وهما جلب المصالح، ودرء المفاسد فمفهومهما وأمثلتهما واضحة مما سبق. وسنرى مزيداً من أمثلتهما قريباً عند كلامنا على أنواع الأحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة.

وأما العاملان الآخران، وهما سد الذرائع وتغيُّر الزمان، فنوجز فكرة إجمالية عنهما فيما يلي:

٥/٧ ـ سد الذرائع(١):

الذريعة معناها في اللغة الوسيلة التي يلجأ إليها الإنسان لأمر من الأمور.

كثيراً ما تكون الأعمال والتصرفات الممنوعة شرعاً ليست مقصودة لذاتها بالمنع في نظر الشارع، بل إنما منعت على خلاف مقتضى الأصل فيها لأنها قابلة أن تكون طرقاً مفضية إلى أمر ممنوع شرعاً ولو عن غير قصد، أو أن تكون ذريعة، أي وسيلة يمكن أن يتشبث بها الإنسان عن قصد منه إلى ذلك الأمر الممنوع، وذلك من قبيل ما يسمى اليوم: **الاحتيال على القانون**.

فلذا يمنع شرعاً كل طريق أو وسيلة قد تؤدي، عن قصد أو غير قصد، إلى المحاذير الشرعية. ويسمى هذا الأصل في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: **مبدأ سد الذرائع**، وهو باب واسع يتصل بسياسة التشريع، ولذا يعتبر فرعاً من الاستصلاح.

ويشهد لمبدأ سد الذرائع من نصوص الشريعة شواهد كثيرة جداً في الكتاب والسنة.

فمن شواهده في الكتاب نهي القرآن العظيم عن سب أصنام المشركين كيلا يثير ذلك حنقهم، فيسبوا الله تعالى جهلاً وعدواناً، قال تعالى:

﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ (الأنعام: ٦/١٠٨).

---

* (١) صدرت أخيراً رسالة ضافية حول هذا الموضوع للأستاذ محمد هشام البرهاني (بيروت: مطبعة الريحاني، ١٤٠٦ هـ/ ١٩٨٥ م في ٨٨٠ صفحة).

وكذلك حَرَّم القرآن خطبة المرأة المعتدة بعد انقضاء زواجها بطلاق أو بوفاة الزوج حتى تنقضي عدتها، كي لا تؤدي خطبتها إلى إخلال بواجب العدة الخطير الذي يقتضيه نظام الأسرة وحقوق الزوجية السابقة. ولذا كان أيضاً عقد الزواج على المرأة المعتدة، ولو بلا دخول، غير منعقد شرعاً.

ومن شواهد مبدأ سد الذرائع في السنة النبوية أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بناء المساجد على القبور، وذلك كيلا تفضي إلى عبادة الموتى من عظماء الناس.

وكذلك منع النبيُّ ﷺ الوصيّةَ للوارث كي لا تُتَّخَذ ذريعة إلى تفضيل بعض الورثة على بعض، احتيالاً على نظام الإرث، فإن هذا التفضيل ممنوع شرعاً كما سنرى (ف ٢٣/٨)[1].

وكذلك نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن خلوة الرجل بامرأة أجنبية عنه، لأنَّ هذه الخلوة ذريعة يمكن أن تفضي إلى الفساد، ومن الواجب درء المفاسد.

يتضح من هذه الأمثلة الملاحظات التالية:

١ ـ أنَّ مبدأ سد الذرائع سلكته الشريعة الإسلامية في الأمور الدينية والمدنية على السواء. فالدينية كمنع بناء المساجد على القبور، والمدنية كالوصية للوارث.

٢ ـ أنَّ المنظور إليه في سد الذرائع ليس هو النية السيئة من الفاعل، بل مجرد كون الفعل مما يفضي إلى النتيجة التي يأباها الشرع، ولو كان

* (١) هذا رأي الجمهور. وذهب الزيدية والإمامية إلى القول بنفاذ الوصية للوارث كغير الوارث في حدود ثلث التركة بحجة أنَّ قول الرسول ﷺ بعد نزول آيات المواريث: **«ألا لا وصية لوارث»** هو لنسخ وجوب الوصية للقريب الذي أصبح وارثاً، إذ كان الوجوب هو المقرر بنص القرآن قبل تشريع الإرث، فيبقى الحكم على الجواز بعد نسخ الوجوب.

الفاعل حسن النية. ولذا نهى القرآن عن سب أصنام المشركين، وإن كان الذي يسبها إنما يسبّها إيماناً بالله تعالى، وانتصاراً له.

والفقهاء المجتهدون، بدلالة هذه النصوص وأمثالها المتصلة بحكمة التشريع وسياسته، والتي ترشد إلى مبدأ سد الذرائع، قد لجؤوا إِلى هذا المبدأ في أحكام اجتهادية قرروها على أساسه:

- فمن ذلك ما قرره الاجتهاد في أكثر من مذهب، من أنَّ للزوجة المطلقة في طلاق الفرار[1] حق الإرث من زوجها الذي طلقها، لكيلا يتخذ من حقه في الطلاق ذريعة إلى حرمان الزوجة ميراثها المشروع عند يأسه من الحياة بقصد المضارة.

وهذا من قبيل منع التعسف في استعمال الحق، إذ ليس من المصلحة تمكين الناس من هذا التعسف.

- وكذلك قرَّر الفقهاء أنَّ البائع إذا شرط في عقد البيع أنه يتبرأ من ضمان العيوب الخفيَّة التي يمكن أن تظهر في الشيء المبيع، فإنه عندئذ لا يكون مسؤولاً تجاه المشتري عما يظهر في المبيع من عيوب، عملاً بالشرط.

ولكن إذا كان البائع عالماً بعيب المبيع وكتمه عن المشتري عند العقد فإنَّ شرط البراءة من ضمان العيب لا يعفيه من هذا الضمان، كيلا يتخذ مبدأ احترام الشروط التي يشترطها المتعاقدان ذريعة لأحدهما إلى الغش وسوء النية تحت حماية الشرط.

(١) **طلاق الفرار** في اصطلاح المذهب الحنفي (وقد سماه قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا: **طلاق التعسف**) هو: أن يطلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً دون رضاها في مرض موته، بقصد الفرار من حقها المشروع في الميراث وحرمانها منه. فأوجبوا لها الميراث إذا توفي وهي في العدة، سداً لهذا الطريق ولو كان من المحتمل أن الزوج غير قاصد هذا المقصد. (ر: الملحق بهذا الفصل لمزيد من التفصيل).

بهذا قضى عثمان بن عفان رضي الله عنه في حادثة وقعت في عهده، وعليه الاجتهاد المالكي (ر: كتابي «عقد البيع» ف/١٢٧/ وبداية المجتهد ٢/١٥٣ ـ ١٥٤)[1].

٨/٥ ـ تغير الزمان:

من أسباب تبديل الأحكام الاجتهادية في فقه الشريعة الإسلامية اختلاف الأوضاع والأحوال والوسائل الزمنية عما كانت عليه في السابق حينما قررت تلك الأحكام؛ وذلك إما لتطور الأوضاع والأساليب الإدارية والتنظيمية، ولتبدل الوسائل الحيوية كحدوث الكهرباء الآلية والمعامل والسيارات التي غيَّرت مجرى الحياة كلها في عصرنا الحاضر؛ وإما لفساد طارىء على أخلاق الناس العامة.

وقد قرر الفقهاء في هذا المقام تلك القاعدة الشهيرة القائلة: «**لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الزمان**».

وفي هذا الموضوع يقول العلامة ابن عابدين في رسالة «نشر العَرف».

«إنَّ كثيراً من الأحكام يبنيها المجتهد على ما كان في زمانه، فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، **أو لحدوث ضرورة**، **أو لفساد أهل الزمان**، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد، لأجل بقاء النظام على أحسن إحكام.

---

* (١) يتفق هذا الحكم مع ما جاء به القانون المدني السوري في مواطن عديدة منها: أن اشتراط البائع عدم ضمان عيوب المبيع، أو عدم ضمان الاستحقاق، أو شرط الانتقاص من هذا الضمان، يقع باطلاً إذا كان البائع سيّىء النية، أي كاتماً عيب المبيع أو حق الغير فيه وهو عالم بهما (قم/٤١٣ و ٤٢١).

أما في الاجتهاد الحنفي فإنهم يجوِّزون شرط البائع عدم ضمان العيب ويعفونه بمقتضاه من هذا الضمان ولو كان سيىء النية، أي كاتماً العيب مع علمه به. ولا شك أنَّ الاجتهاد المالكي في هذا أوجه وأجرى مع حكمة التشريع ومقاصد الشريعة.

ولهذا ترى فقهاء المذهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه»...

وقد أتى رحمه الله على ذلك بأمثلة كثيرة:

ـ منها أنه في أصل المذهب الحنفي لم يكن يعتبر الإكراه معذرة للشخص المستكره (بفتح الراء) إلا إذا كان واقعاً من السلطان نفسه أو بأمره، لأنَّ قيام سلطة الحاكم تمنع الناس من أن يُكره بعضهم بعضاً على فعل أو عقد، إذ يستطيع من يقع عليه الإكراه أن يلتجىء إلى الحاكم. أما إذا وقع الإكراه من السلطان نفسه فلا سلطة فوقه، وبيده القوة.

لكنَّ المتأخرين من الفقهاء لما رأوا فساد الزمان وتسلط بعض الناس على بعض تحت حماية بعض الحكام، ولحظوا فقدان الوازع، أفتوا بأنَّ الإكراه يعتبر معذرة مؤثِّرة في مسؤولية المستكرَه عن الأفعال والعقود التي باشرها تحت الإكراه ولو كان واقعاً من غير السلطان الحاكم.

ـ ومنها أنَّ الفقهاء المتقدِّمين أيضاً كانوا يجيزون إيجار عقارات الوقف مهما كانت مدة الإيجار طويلة أو قصيرة.

ولكن المتأخرين لما رأوا كثرة غصب المتنفذين لأملاك الأوقاف وتواطؤ بعض المتولين على الأوقاف معهم، أفتوا بمنع إيجار عقار الوقف أكثر من سنة واحدة في الدور والحوانيت المبنية، وثلاث سنين في الأراضي الزراعية، خشية أن يدَّعي المستأجر في النهاية ملكية العقار، متخذاً من استمرار يده وتصرفه فيه زمناً طويلاً دليلاً على ملكيته. فتجديد عقد الإيجار في فترات قصيرة يحول دون ذلك.

(ر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥ ـ ١٢٦).

هذا، وسنعقد لموضوع تغيُّر الزمان وأثره في تغيير الأحكام مبحثاً خاصاً نعالجه فيه بتفصيل وإيضاح أوفى، في نظرية العرف في الفصول (٧٦

ـ ٧٨)، لما بين العرف وتغيُّر الزمان من صلة، فنجتزىء هنا بهذه اللمحة الإجمالية.

٩/٥ ـ الوفق والفرق بين الاستصلاح والاستحسان:

إن الاستحسان عند الحنفية، كما رأينا نوعان متباينان:

فأحدهما ـ وهو الاستحسان القياسي ـ إنما هو ضرب من القياس، إذ هو ترجيح قياس خفي الملحظ قوي المبنى على قياس ظاهر متبادر، عند تعدد وجوه القياس وتعارضها في مسألة ما.

والثاني ـ وهو استحسان الضرورة ـ هو في الحقيقة ضرب من **الاستصلاح**، أي فرع من قاعدة المصالح المرسلة، لأنَّ فيه عدولاً عن مقتضى حكم القياس في قضية إلى حكم آخر إذا كان ذلك القياس يؤدي إلى حرج غير عادي، أو إلى ضرر غالب، أي ضرر أعظم من المصلحة المتوخاة، ذلك لأنَّ منهاج الشريعة العام المقرر في نصوصها الأصلية يقوم على أساس نفي الحرج، ودفع الضرر الغالب من طريق أحكامها.

أما عند المالكية فإنَّ الاستحسان هو دائماً فرع من نظرية المصالح لأنَّ الاستحسان عندهم نوع واحد هو العدول عن القياس رعاية لمصلحة تعارضه في مسألة معينة.

فهم لا يسمون القياس الخفي «استحساناً» وإنما هو «قياس» باق على أصل اسمه.

غير أنَّ هناك نقطة واحدة تعد هي الفارق بين الاستحسان وقاعدة المصالح المرسلة، وهي أنَّ الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفاً لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد، إما رعايةً لمصلحة عامة كتضمين الأجراء العموميين ما في أيديهم من أموال الناس (ر: ف ٦/٤)، وكتعجيل انحلال الزواج بين المرأة وزوجها المفقود

(ر: ف ٥/١٢)؛ وإما رعاية لمصلحة حقوقية جزئية[1].

أما المصلحة المرسلة التي يبنى عليها الاستصلاح فلا يشترط أن يكون فيها مخالفة لقياس يعارضها. فقد يكون الحكم الثابت بها في الشؤون العامة التي لا يوجد في الشريعة دليل على خلافها، بل المصلحة فيها هي الدليل الوحيد؛ كفرض الضرائب الإلزامية عند الحاجة، وتحديد عقوبات الجرائم منعاً لفوضى الأحكام باختلاف أنظار الحكام، وكإلزام الحكومة الناس بالقضاء بمذهب فقهي مخصوص، أو تقنين أحكام مدنية مختارة من عدة مذاهب فقهية اجتهادية معتبرة، لكي يعلم الناس مصير معاملاتهم وعقودهم، ويعرفوا وجهة القضاء فيها سلفاً بصورة ثابتة مستقرة.

فكل ذلك وأمثاله مما تتجدَّد الحاجات فيه ولا تحصى، ولا يوجد في الشريعة دلائل قياسية كانت تقتضي خلافه، إنما هو استصلاح محض.

يقول الإمام أبو إسحاق الشاطبي في كتابه «الاعتصام» بعد ذكره مسائل من صور الاستحسان عند الإمام مالك:

«فإن قيل: هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان؟ قلنا: نعم، إلا أنهم صوَّروا الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد؛

---

* (١) من الأمثلةِ التي يذكرها المالكية للاستحسان المبني على رعاية مصلحة جزئية ما لو اشترى أحدٌ شيئاً على أنه بالخيار في إبرام العقد وفسخه خلال مدة معينة ـ وهو المسمى خيار الشرط ـ ثم مات المشتري قبل انقضاء المدة المضروبة، فاختلف ورثته: فرضي بعضهم بإبرام العقد ورفض بعضهم، ولم يقبل البائع تجزئة المبيع. فمقتضى القياس أن يبطل البيع في الكل. ولكنهم استحسنوا إمضاء العقد على البائع إذا قبل من رضي من الورثة بأن يأخذ حصة من رفض. وذلك رعاية لمصلحة الوارث دون أن يتضرر البائع لانتفاء التجزئة.

وهذا الاستحسان في هذه المسألة لا يجري في الاجتهاد الحنفي لأنَّ من المقرر فيه أنَّ خيار الشرط لا يورث، فبموت صاحب الخيار خلال المدة المضروبة ينبرم العقد ويستقر ملك المشتري في المبيع نهائياً إن كان الخيار للبائع، أو يثبت الملك فيه لورثة المشتري إن كان الخيار له فمات (ر: المجلة /٣٠٦).

بخلاف المصالح المرسلة» اهـ (الاعتصام، ٢/ ٣٢٤)[1].

١٠/٥ ـ أنواع الأحكام التي تبنى على نظرية المصالح المرسلة:

الأحكام التي تبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح المرسلة يمكن تصنيفها إلى نوعين:

النوع الأول ـ الأحكام التي تتعلق بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع، وهي التدابير التي يتوقف عليها تنظيم تلك الشؤون والمصالح العامة، وذلك كفرض الضرائب على المتقدرين عند الحاجة إلى الأعمال العامة كتجهيز الجيوش، وبناء الجسور، وتخطيط الأراضي، وإحصاء النفوس، وتعبيد الطرق، وإنشاء المستشفيات ودور العجزة، وسائر

---

* (١) ويقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (مالك) تعليقاً على عبارة الشاطبي هذه:

«ومعنى هذا الكلام ان الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلّف في بعض الأجزاء. أما المصالح المرسلة فإنها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها.

وإنا نجد أنَّ إيثار المصلحة الجزئية ـ أي الاستحسان ـ هو بلا ريب أخذٌ بمبدأ المصالح المرسلة. ولذلك يقول علماء المالكية: إن الاستحسان هو إيثار للاستدلال المرسَل ـ أي للاستدلال بالمصلحة المرسلة ـ على الاستدلال بالقياس.

ومؤدى ذلك أنَّ المصلحة تعمل في حالين:

(الحالة الأولى) ـ حيث لا يكون في الموضوع قياس محمول على نص.

وحينئذ تكون المصلحة هي الدليل وحدها، وهي عند مالك أصل مستقل قائم بذاته.

(الحالة الثانية) ـ إذا كان ثمة قياس يوقع اطراده في مشقة أو ضيق، أو ينافي مصلحة ظاهرة. فحينئذ يترخص في ترك القياس لهذا النفع المجتلَب، ولذلك الضرر المجتنَب. وسمي هذا النوع الذي قوبل بالقياس «**استحساناً**» اهـ.

(عن كتاب «**مالك**» القسم الثاني، ف/١٧٩/باختصار وتصرف يسير).

أقول:

يتضح مما تقدم أنَّ النسبة بين الاستحسان والاستصلاح هي من قبيل العموم والخصوص المطلق.

فالاستصلاح أعم، والاستحسان أخص. فكل استحسان هو وجه من الاستصلاح خولف فيه القياس، وليس كل ما بني من الأحكام على قاعدة المصالح المرسلة يعد استحساناً، لأنَّ الاستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية.

وجوه الضمان الجماعي الذي ينفي البؤس، ويكفل العمل لمن يريده ويحقق لجميع الناس المستوى اللائق في المعيشة والمرافق الضرورية لحياتهم.

فكل تلك المصالح الحيوية وأمثالها مما هو معروف ومحتاج إليه، أو سيتولد وتحتاج إليه الحياة العامة، يجب أن يتعاون عليه أفراد المجتمع ويمولوه بحسب قدرة كل منهم وفقاً لأوامر الشريعة التي يقول قرآنها: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (المائدة: ٥/ ٢).

فإنشاء المؤسَّسات اللازمة لكل مشروع من هذا القبيل، وتمويل تلك المؤسسات العامة بالضرائب والجباية العادلة بحسب الحاجة، هو أحكام استصلاحية.

ومن هذا القبيل تحديد الأسعار، بشروطه الشرعية، كي لا يطغى الباعة فيها ويتحكموا بحوائج الناس.

ومن هذا القبيل أيضاً ما أحدثه عمر بن الخطاب الخليفة الثاني (رضي الله عنه) من إنشاء **الديوان** لضبط عطاء الجند وأرزاقهم ومدة خدمتهم إلخ... ثم عممت الدواوين في مصالح أخرى.

ومن هذا القبيل أيضاً في عصرنا الحاضر تنظيم السير في الطرق الداخلية والخارجية بأنظمة خاصة بعد حدوث السيارات الآلية، منعاً للدعس والاصطدام، وصيانةً لأرواح الناس.

وكل ذلك هو من مقتضى الولاية العامة لصاحب السلطة العليا في الدولة من خليفة أو غيره؛ فإنَّ له، أن ينظِّمَ الأوضاع، ويؤسِّسَ المؤسسات، ويسنَّ الأنظمة اللازمة لإنشاء هذه الأعمال وتمويلها وإدارتها، وأن يفرض العقوبات على المخالفين بحسب ما يجدُّ من الدواعي الجديدة، كل ذلك وفقاً لقواعد الشريعة ومقاصدها.

النوع الثاني ـ الأحكام التي تتعلق بالنظام القضائي والحقوق الخاصة. وإليك الأمثلة الواقعية في كلا الموضوعين:

٥/ ١١ ـ أولاً: في النظام القضائي.

من الأمثلة الواقعة على هذا النوع التدابير والأحكام التالية:

١ ـ تخصيص القضاء من حيث الموضوع بحيث يكون لكل نوع من الدعاوي محكمة مختصة تنظر فيه ويمتنع عليها النظر في سواه؛ كالمحاكم الجنائية لمحاكمة المجرمين، والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوي الحقوق المالية؛ إلى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية، وكثرة الدعاوي والأنظمة، وحاجتها إلى الإخصاء في العلم، والاختصاص في توزيع العمل.

٢ ـ جعل القضاء والمحاكم على درجات (اثنتين أو ثلاث) بحيث يكون أمام المحكوم عليه طريق للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع فسخه أو تعديله إذا وجدت فيه جوراً أو خطأً.

٣ ـ منع القضاة من سماع الدعاوي بحق قديم أهمل صاحبه الادعاء به زمناً **طويلاً معيناً** بلا عذر، وذلك للشك عندئذ في أصل الحق وفي إثباته بعد التقادم، ولتخليص القضاء من الارتباك في نبش الوقائع القديمة، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها. وهذا التدبير القضائي هو المعروف بقضية **التقادم**، أو مسألة **مرور الزمان** التي أقرَّها متأخرو الفقهاء، وصَدَرت بها الأوامر السلطانية في العهد العثماني (ر: ف ١٥/ ٦).

٥/ ١٢ ـ ثانياً: في الحقوق الخاصة.

من أمثلة هذا النوع القضايا التالية:

١ ـ الحكم بانحلال الزواج بين المفقود[1] وزوجته بناء على طلبها وإن لم يثبت موته، وذلك بعد مضي أربع سنوات على فقدانه في حال

---

(١) المفقود هو الشخص الذي انقطعت أخباره ولا يعلم له مكان، ولا يعرف هل هو حي أو ميت.

فإذا كان معلوم الحياة فهو عندئذ غائب لا مفقود.

السلم، أو سنة واحدة إذا فقد في حرب، فعندئذ يسوغ لزوجته أن تتزوَّج غيره بعد أَن يقضي القاضي بانحلال الزوجية، وتمضي الزوجة عدتها الشرعية، دفعاً لضرر الزوجة من بقائها معلَّقة مدى العمر، ولو كان للزوج المفقود مال كاف لنفقتها.

بهذا قضى عمر بن الخطاب، وعليه جرى الاجتهاد المالكي تبعاً لقضاء عمر[1]؛ وبه أيضاً أخذ قانون حقوق العائلة الصادر في العهد العثماني والذي كان معمولاً به لدينا[2]، وقانون النفقة والأحوال الشخصية

---

* (١) لم يأخذ الاجتهادان الحنفي والشافعي بهذا الحكم، بل أوجبا تطبيق **قاعدة الاستصحاب** العامة في قضية المفقود بالنسبة إلى زوجته، وبالنسبة إلى أمواله على السواء. لكن الاجتهاد الشافعي يسوِّغ لزوجة الغائب طلب التفريق لعدم الإنفاق إذا لم يترك لها مالاً للنفقة.

وقاعدة الاستصحاب تقضي بأن «**الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه**»: فمن كان مديناً مثلاً يستمر مديناً حتى يثبت سقوط دينه، ومن كان غير مدين يستمر كذلك حتى يثبت شغل ذمته بالاستدانة أو بغيرها من أسباب الالتزام، وهكذا...

والمفقود كان حياً، فالأصل استمرار حياته حتى يثبت موته، أو حتى تموت أقرانه في بلده فيغلب على الظن عندئذ وفاته، وقبل ذلك لا توزَّع أمواله بين ورثته، فكذلك تبقى زوجته على عصمته.

ولا يخفى أنَّ هذا الاجتهاد ـ وإن كان من الوجهة النظرية منسجماً وجارياً على قاعدة قياسية ـ يؤدي إلى حرج عظيم بالنسبة إلى الزوجة. فإن في الحقوق الزوجية اعتبارات تختلف عن الحقوق المالية. فإذا لم يكن في بقاء المال محتجزاً دهراً طويلاً ضرر أو مفسدة، فإنَّ في بقاء الزوجة بلا زوج ضرراً عظيماً لها لا تقره مقاصد الشريعة، وقد يؤدي إلى مفاسد. فقياس الزوجية على المال قياس مع الفارق. ولمعالجة مثل هذه المشكلات فتح في أصول الشريعة طريق الاستحسان والاستصلاح لاجتناب نتائج غلو القياس، وعلاجاً لمشكلات القواعد النظرية عندما يكون لبعض الحوادث اعتبارات وملابسات خاصة يؤدي معها تطبيق القواعد القياسية إلى محاذير.

(٢) كان هذا القانون معمولاً به لدينا حتى سنة ١٩٥٣ ميلادية حيث صدر في سورية قانون الأحوال الشخصية الجديد، فنسخ قانون حقوق العائلة العثماني المذكور.

وقد قرر هذ القانون الجديد ـ الذي استمدت أحكامه الشرعية من مختلف المذاهب الفقهية ـ في المادة/١٠٩/ منه أنَّ للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا غاب عنها بلا عذر مقبول بعد سنة من غيابه ولو ترك لها مالاً تنفق منه.

فشمل هذا الحكم المفقود، والغائب المعلوم الحياة.

الذي أصدرته الحكومة المصرية / ١٩٢٠ م تحت رقم/ ٢٥.

٢ ـ فتوى المتأخرين من فقهاء المذهب الحنبلي، ثم الحنفي بعدم نفاذ التصرفات المالية الصادرة من المدين بدين مستغرق ولو كان غير محجور عليه قضائياً إلا فيما يزيد من أمواله عن وفاء الدين، وذلك كيلا يلجأ بهذه التصرفات من هبة ووقف ونحوهما إلى تهريب أمواله من وجه الدائنين، فإذا تصرَّف كان تصرفه موقوفاً على إجازة غرمائه الدائنين كما سيأتي إيضاحه في محله (ر: ف ٣٨/ ٥ و ٧٧/ ٢).

٣ ـ الأحكام القانونية التي تقضي اليوم بأنَّ العقود العقارية لا تكسِب المتعاقد حقوقاً عينية في العقار ما لم تسجَّل في السجل العقاري، وذلك لمقاصد تنظيمية وإصلاحية عديدة، منها منع صاحب العقار من التلاعب والاحتيال على الناس بأن يبيع عقاره مثلاً من عدة أشخاص على التعاقب، أو يرهنه لديهم ويأخذ منهم جميعاً أثماناً أو ديوناً دون أن يدري اللاحق منهم بعقد السابق(١).

٤ ـ ومن هذا القبيل أيضاً المنع القانوني من إثبات الإقرار الذي يدعى وقوعه خارج مجلس القضاء إلا ببيِّنة خطيَّة، فلا يقبل إثباته بالبيِّنة

* (١) القوانين العقارية اليوم في الدول تختلف في موقفها من العقود العقارية إذا أجريت بصورة عادية بين المتعاقدين دون أن تسجل في السجل العقاري، فبعض قوانين الدول تعتبر هذه العقود باطلة من أصلها لا تنشىء أثراً ما بين العاقدَين أنفسهما ولا تجاه الغير، بحيث أنَّ العاقد إذا نكل عن تسجيل عقده في السجل العقاري فليس للعاقد الآخر أن يلزمه بالتسجيل بقوة القضاء، لبطلان العقد. وعلى هذا جرى القانون الأردني.

ـ وبعض القوانين تعتبر العقد غير المسجل في السجل العقاري منعقداً وملزماً لهما، لكن لا تترتب عليه آثاره تجاه غيرهما ما لم يسجل في السجلِ العقاري، فإذا نكل أحدهما عن التسجيل حق للآخر له أن يقاضيه ويقضي عليه بالتسجيل. فإذا كان العقد بيعاً مثلاً فإنه قبل التسجيل يبقى المالك بالنسبة إلى المستأجر هو البائع، فيدفع المستأجر الأجرة إلى البائع لا المشتري. وعلى هذا جرى قانوننا المدني الجديد.

الشخصية، أي شهادة شهود، وذلك لكثرة حوادث تزوير الشهادة على الإقرار وسهولة هذا التزوير، فتموت به الحقوق، وترد دعاوي أصحابها.

فكل من ثبت عليه حق فإنه لا يقبل منه أن يثبت إقرار صاحبه بخلافه خارج مجلس القضاة إلا بوثيقة مكتوبة. وهذا المنع القانوني منذ العهد العثماني في هذه البلاد[١].

١٣/٥ ـ كل ذلك إنما هو من قبيل بناء الأحكام على مقتضى المصالح المرسلة في باب الحقوق الخاصة.

ويلاحظ هنا أنَّ معظم أمثلة هذا النوع تعدُّ أيضاً من قبيل **الاستحسان** لأنها تقوم على أساس الترخص في مخالفة قواعد قياسية كانت تقتضي خلاف هذه الأحكام.

فقد كان مقتضى القواعد القياسية صحة العقود العقارية وترتب آثارها عليها ولو عُقِدت سراً بين العاقدين أسوة للعقار بغيره من الأموال؛ وكذا بقاء زوجة المفقود حتى تثبت وفاته أو يموت أقرانه؛ وسماع الدعوى بالحق مهما تقادم.

فتلك الأحكام والتدابير الاستثنائية التي قررت في هذه الأمثلة وأمثالها هي **استصلاح** بالنظر إلى المصلحة التي أوجبتها؛ وهي في الوقت نفسه **استحسان** بالنظر إلى أنها قد خولفت فيها القواعد القياسية، على ما سبق بيانه من الوفق والفرق بين الاستحسان والاستصلاح.

---

* (١) يلحظ في هذا المقام أنَّ قانون البينات الجديد الصادر في سورية سنة ١٣٦٦ هـ = ١٩٤٧ م أصبح يسوغ إثبات الإقرار الواقع خارج مجلس القضاء بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية مطلقاً، وفي التعاقدية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ليرة سورية، ووفقاً لقواعد الإثبات العامة المقررة في القانون، كما يظهر من المواد /٥٢ ـ ٥٨ و ٩٥ و ١٠٢/ من القانون المذكور.

٥/ ١٤ ـ الاستحسان والاستصلاح في المذاهب الاجتهادية:

اختلفت الأنظار الاجتهادية في اعتبار الاستحسان والاستصلاح:

فقد فتح الاجتهاد الحنفي طريقة **الاستحسان** وسماها بهذا الاسم، وأسسها على نظام مضبوط عندما لمس الحاجة إلى معالجة غلو القياس ومشكلاته بنظر مستمَدٍ من أساليب الشريعة نفسها في علاج المساوىء والطوارىء ومن مقاصدها العامة في العدل والإصلاح.

وقد رأينا في بحث الاستحسان أنَّ الاجتهاد الحنفي يقسمه إلى نوعين: **الاستحسان القياسي، واستحسان الضرورة**. فالاستحسان القياسي ليس مقصوداً هنا في هذه الموازنة لأنه ضرب من القياس كما تقدم، وإنما المقصود هنا هو استحسان الضرورة لأنه هو شقيق الاستصلاح.

وقد رأينا أيضاً هناك أنَّ استحسان الضرورة عند الحنفية يستند إلى رعاية المصلحة تعديلاً لطريق القياس عندما يؤدي القياس إلى إحراج، لأنَّ من قواعد الشريعة رفع الحرج. فهو، أي الاستحسان عند الحنفية، التفات إلى مقاصد الشريعة العامة في ابتغاء الأصلح، وكان يسمى هذا الالتفات باسم **«الرأي»** في العصر الأول، ثم سمي باسم **الاستصلاح** فيما بعد، أو المصالح المرسلة.

والظاهر من نظرية الاجتهاد الحنفي في الاستحسان ومن عبارات فقهائه أنهم لا يعدونه مصدراً مستقلاً زائداً عن المصادر الأربعة الأساسية، وإنما يرونه طريقاً متفرِّعاً من القياس المشروع باتجاه معاكس له يسلك لمعالجة ما يظهر من مساوىء القياس، بناء على قاعدة الضرورة ورفع الحرج.

٥/ ١٥ ـ ثم جاء الاجتهاد المالكي فأبرز نظرية المصالح المرسلة في صورة أعم، بحيث جعل الاستحسان فرعاً منها مخصوصاً بحال مخالفة

القواعد القياسية عندما تقضي المصلحة بمخالفة تلك القواعد اجتناباً لمشكلة يؤدي إليها القياس كما تقدَّم، بينما كانت فكرة المصالح في طريقة الاجتهاد الحنفي تعدُّ هي فرعاً من الاستحسان، لأنَّ الحنفية اتخذوا من استحسان الضرورة الذي يخالف فيه مقتضى القواعد القياسية نقطة انطلاق تؤدي حتماً إلى اعتماد المصالح المرسلة التي لا مخالفة فيها لشيء من القواعد.

والمعروف عن الاجتهاد المالكي أنه يعتبر المصالح المرسلة مصدراً مستقلاً دلت على اعتباره نصوص الشريعة كما دلت على القياس، فتبنى على أساسها الأحكام الشرعية عند فقدان النص التشريعي في الحادثة أو فيما يشابهها؛ فتكون المصالح هي الدليل عندما لا يكون دليل سواها، كما يخالف بها القياس المستند إلى نص في الحوادث المشابهة عندما يؤدي اطراد القياس إلى خلاف المصلحة. وهذه الحالة الأخيرة يبرز فيها النظر إلى المصالح المرسلة في صورة **الاستحسان** المخالف لمقتضى القياس (ر: ف ٥/ ٩).

ومن هنا يلوح لنا وجه الاتفاق بين المذهبين الحنفي والمالكي في نظرية الاستصلاح: فالفكرة فيهما واحدة، ولكن المذهب المالكي لتأخره عن الحنفي في التاريخ تركزت فيه الصياغة الفنية الفقهية لقاعدة المصالح المرسلة وشرائطها، فبرزت فيه واشتهر بها.

١٦/٥ ـ ثم ظهر الاجتهاد الشافعي بإنكار نظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة بحجة أنَّ الشريعة الإسلامية قد تكفلت ببيان كل ما يحتاج الإنسان إلى معرفته من الأحكام إما بالنص الصريح، أو بالإشارة، أو بطريق القياس المشروع، وأنَّ الاستحسان لا ضابط له ولا مقاييس يقاس بها الحق بالباطل، فلو جاز لكل مفتٍ أوحاكم أو مجتهد أن يستحسن لأصبح الأمر فُرُطاً.

وقد عقد الإمام الشافعي في كتاب «الأم» بحثاً خاصاً سماه «كتاب

إبطال الاستحسان»[1].

ويقول الشافعي فيما يؤثر عنه: «**ليس للمجتهد أن يشرع ومن استحسن فقد شرع**». أي إنَّ مهمة المجتهد هي أن يقرِّر أحكام الشريعة لا أن يشرِّع أحكاماً من عنده، فإذا لَجَأ إلى الاستحسان فقد تولى التشريع. وهذا من الإمام الشافعي رضي الله عنه فيما نرى غلو. فإنَّ من لجؤوا من المجتهدين إلى الاستحسان والاستصلاح إنما سلكوا طريقاً فتحته لهم الشريعة، ودلتهم عليه دلائل نصوصها وقواعدها ومقاصدها.

وكذلك عدَّ الغزاليُّ الشافعي في كتابه «المستصفى» الاستحسان والاستصلاح من الأدلة الموهومة، ويعتبرها من قبيل الحكم بالتشهي والهوى المجرَّد عن دليل شرعي (المستصفى ١/١٣٧ ـ ١٤٤ طبعة المطبعة التجارية سنة/١٣٥٦ هـ).

ولكنه لم يرد بذلك ما يشمل الاستحسان القياسي عند الحنفية، وأحكام الضرورات الملجئة، بل أقرَّ ذلك إذ لا مجال للشبهة فيه، ولكنه ردَّه إلى القياس[2].

---

(١) يلاحظ أنَّ الاستحسان في تعبير الشافعي يشمل ما يسمى في العرف الفقهي بالمصالح المرسلة والاستحسان عند الحنفية والمالكية (ر: كتاب «**مالك**» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الثاني ف/١٨٨/ الحاشية، وكتابه «**الشافعي**» أيضاً، /ص ١٢١ الطبعة الأولى).

* (٢) وجواباً على النظر الشافعي من أنَّ الاستحسان لا ضابط له وأنه قول بالتشهي المجرَّد عن الدليل يقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله في كتابه «**مالك**» نقلاً عن كتاب «الاعتصام» للإمام الشاطبي المالكي صاحب «الموافقات»:

«ولقد لاحظ الدارسون للمذهب المالكي المتعرِّفون لمناهج الاستنباط فيه أنَّ استرسال مالك في الأخذ بالمصالح المرسلة كان يتجه فيه إلى قيود تنفي محاذيره حتى لا يكون تقدير المصلحة تابعاً للأهواء والشهوات، وتلك القيود هي:

١ ـ الملاءمة بين المصلحة الملحوظة ومقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً من أصوله ولا دليلاً من أدلته القطعية، بل تكون من جنس المصالح الكليّة التي قصد الشارع إلى تحصيلها وإن لم يشهد دليل خاص باعتبارها. =

١٧/٥ ـ ثم جاء الاجتهاد الحنبلي فنحا منحى الاجتهاد المالكي في اعتبار المصالح أصلاً يعتمد عليه في تقرير الأحكام.

ففي هذا الاجتهاد يستطيع الفقيه أن يحكم بأن كل عمل فيه مصلحة غالبة يعتبر مطلوباً شرعاً من غير أن يحتاج إلى شاهد خاص من نصوص الشرع لهذا النوع؛ وكل أمر ضرره وإثمه أكبر من نفعه فهو منهي عنه من غير أن يحتاج إلى نص خاص.

ولكن الحنابلة، على التحقيق، لا يعتبرون المصالح المرسلة مصدراً مستقلاً بذاته كما يعتبرها المالكية، بل يراها الحنابلة ضَرْباً من ضروب القياس تابعة له وهي في مرتبته اعتباراً (ر: كتاب «ابن حنبل» للاستاذ أبي زهرة أيضاً ص/٣٠٣/ الطبعة الأولى).

١٨/٥ ـ وقد غالى سليمان الطوفي، في اعتبار المصلحة، فجعلها مقدَّمة على النصوص القطعية إذا عارضتها[1]. وهذا رأي خطر جداً يؤدي إلى تعطيل النصوص التشريعية بنظر اجتهادي محض. ولو جاز أن تتقبل أمة

= ٢ ـ أن تكون معقولة في ذاتها بحيث إذا عرضت على أهل العقول تلقتها بالقبول.
٣ ـ أن يكون في الأخذ بها رفع حرج في الدين، بحيث لو لم يؤخذ بتلك المصلحة المعقولة في وضعها لكان الناس في حرج، والله تعالى يقول: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ اهـ (باختصار وتصرف يسير).

* (١) نقل ذلك المحقق الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «مالك» الذي أصدره سنة/١٣٦٥هـ/ وعدَّ فيه الطوفي من الحنابلة.
ثم لما أخرج الأستاذ أبو زهرة كتابه «ابن حنبل» حقق فيه أن الطوفي شيعي يقول في ذلك بما تقول الشيعة الإمامية.
لكن الأستاذ السيد عبد الحسين شرف الدين من شيوخ الشيعة الإمامية في جبل عامل كتب مقالة في مجلة العرفان (عدد رجب/١٣٧٣هـ) يبرىء فيه مذهب الإمامية من رأي الطوفي، ويعده من الغلاة (ر: «المدخل إلى علم أصول الفقه» للزميل الأستاذ المحقق معروف الدواليبي ص/٢١٦ ـ ٢١٧ الطبعة الثانية).
وبعد ذلك أخرج الأستاذ الدكتور مصطفى زيد من دار العلوم رسالته القيمة عن المصالح المرسلة، حقَّق فيها تحقيقاً دقيقاً بالأدلة التاريخية والنقلية أنَّ الطوفي لم يكن شيعياً، وإنما اتهمه بذلك خصومه حسداً، وهو حنبلي المذهب ولكنه حر التفكير.

من الأمم هذا الرأي على إطلاقه في تشريعها وتسمح به لرجل الحقوق والقضاء في اجتهادهم لسادت الفوضى في العمل بالشريعة والقانون، فمن تراءت له مصلحة في القانون عمل به، ومن تصوَّر فيه مفسدة نبذه وفي ذلك منتهى الاضطراب والتخبط[1].

لذلك وجدنا أئمة فقهاء الشريعة الإسلامية مجمعين على رفض هذا الغلو؛ ورأينا أنَّ الذين أخذوا بقاعدة الاستصلاح قد أقاموا في طريق تمييز المصلحة من المفسدة، وتحديد حدودهما، ضوابط كفيلة بهذا التمييز والتحديد مستمدَة من مقاصد الشرع العامة التي تسمى اليوم: **غرض الشارع**، وذلك لمنع الفوضى في الفهم والتقدير، لأنَّ المصلحة والمفسدة يجب تحديدهما وفقاً لنظر الشرع واعتباره، لا للنظر الذاتي أو الفردي كما سلف بيانه (ر: ف ٥/٣ ـ ٤).

وقد رأينا أيضاً أن في طليعة تلك الضوابط التي أقيمت لمنع التخبط من طريق الاستصلاح أن تكون المصلحة المبني عليها الحكم **مصلحة مرسلة**، أي لا يوجد في الشريعة نص عليها آمر أو ناه، يتناولها بعينها أو نوعها، وأن يكون فيها دعم لإحدى الزمر الثلاث من الأحكام المنظِّمة للحياة الاجتماعية وهي **الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات**.

فإذا عارض المصلحةَ نصٌ شرعي فالعلماء عندئذ لا يرجحونها على النص ترجيحاً مطلقاً (كما يريد الطوفي)، بل لهم تجاهها موقف تفصيلي سنراه قريباً (ر: ف ٥/٢٠ ـ ٢٥).

هذا مقام الاستحسان والاستصلاح في هذه الاجتهادات الأربعة[2]. ولا شك أنَّ الأخذ بالمنهاج الذي سلكه فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة يجعل

---

(١) ر: «المدخل إلى علم أصول الفقه» أيضاً ص ٢١٦ ـ ٢١٩.

(٢) مما يلحظ في هذا الشأن أنَّ الإمام الشافعي تلميذ الإمام مالك، وأنَّ الإمام أحمد بن حنبل تلميذ الشافعي.

الشريعة الإسلامية خِصبة مثرية منتجة مُشْبِعَةً لحاجات الناس في كل عصر وفي كل مكان[1] (ر: كتاب «مالك» لأبي زهرة قسم ٢ ف/١٨٧ و ١٨٨).

٥/١٩ ـ ملاحظة:

يقول الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «ابن حنبل» بأنَّ الحنفية كالشافعية لا يعتمدون المصالح المرسلة، وليس لها في الاستدلال عندهم اعتبار، وإن كان الاستحسان عند الحنفية يفتح باباً قليلاً لها. (كتاب «ابن حنبل» ص/٣٠٣).

وقد سبقه إلى هذا الآمدي في كتابه «أصول الأحكام».

* (١) يقول القرافي المالكي في كتابه «تنقيح الفصول» ص/٢٠٠:
«المصلحة المرسلة غيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة، لا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بابداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة ـ أي كون الشيء أنسب وأوفق ـ، هذا هو المصلحة المرسلة».
(ر: كتاب «مالك» للأستاذ أبي زهرة، القسم الثاني، ف/١٧٤ و ٢٠٩).
وقد أوضح الإمام الشاطبي في كتابيه «الموافقات» و «الاعتصام» وكذا غيره من الفقهاء الأصوليين النظّار، أنَّ أحكام الشريعة قسمان:
الأول: ما يتعلق بشؤون الآخرة، وهو العبادات.
والثاني: ما يتعلق بتنظيم شؤون الدنيا، وهو ما سوى العبادات من الأمور العادية والتعاملية ونحوها.
ـ فالقسم الأول، أي العبادات، لا يسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها، وإنما الأمر فيه مبني على الاتباع التعبدي.
ـ وأما القسم الثاني، وهو الذي يتكون منه تشريع النظم التعاملية، فإنه معلل بمصالح العباد، ومرتبط بالمعاني المصلحية في هذه الحياة كما تفيده نصوص الشريعة نفسها.
وقد توسّع الإمام مالك رضي الله عنه في النظر إلى تلك العلل والمعاني المصلحية في هذا القسم، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة وبالاستحسان، وثبت عنه أنه قال: **«الاستحسان تسعة أعشار العالم»** (ر: الموافقات ٢/٣٠٧).
وكتاب الموافقات هذا للإمام الشاطبي إبراهيم أبي إسحاق الغرناطي المتوفى سنة/ ٧٩٠/ للهجرة هو أجلُّ كتاب عرفناه في أصول الفقه ومقاصد الشريعة، أتى فيه مؤلفه الموفَّق رحمه الله بعجائب التفكير السديد والبصر الفقهي والأسلوب المبتكر، وهو أربعة أجزاء.

ولكننا لا نرى هذا الحكم صواباً. فالحقيقة بالنسبة إلى الحنفية خلافه. وهم متفقون مع المالكية كما بينا عندما صنفنا الاجتهادات بالنسبة إلى الاستحسان والاستصلاح.

فقد تقدَّم أنَّ الاجتهاد الحنفي قد أسَّس نظرية **الاستحسان** الذي هو كما رأينا **خروج** عن النظائر والقواعد القياسية العامة لوجهة أقوى أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة.

فإذا كان الحنفية يقولون باعتبار المصلحة، والخروج لأجلها **استحساناً** عن القواعد القياسية إذا عارضتها، فإنهم يوجبون اعتبار المصلحة المرسلة وبناء الأحكام على مقتضاها بطريق الأولوية عندما لا تعارضها القواعد القياسية. وهذا هو معنى الاستصلاح كما تقدَّم في الفرق بين الاستحسان والاستصلاح.

فلا يعقل أن من يقول بالاستحسان لا يقول بالاستصلاح، لأنَّ الاستحسان هو نهاية الشَّوط؛ فمن بلغها فقد اجتاز ما دونها حتماً (ر: «المدخل إلى علم أصول الفقه»، للأستاذ الدكتور معروف الدواليبي ص ٢١٤ و ٢٨٧ ـ ٢٨٨ الطبعة الثانية).

ولعل سبب هذا الاشتباه هو أنَّ اسم **المصالح المرسلة** قد ظهر وشاع في اصطلاح المالكية بعد أن ظهر وشاع اسم **الاستحسان** في اصطلاح الحنفية. فاختلاف الاسم كان مدعاة لهذا الاشتباه والظن.

فالفرق في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع إنما هو اختلاف في الاصطلاح، لا خلاف في الاستصلاح[1].

---

(١) والتمثيل الصحيح في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع هو أنَّ النظر إلى المصالح في بناء الأحكام الشرعية نظير طريق أحد رأسيه الاستحسان، والآخر الاستصلاح، بالمعنى المشروح فيهما:
فالحنفية دخلوا من باب الاستحسان إلى الاستصلاح، والمالكية بالعكس، وكل منهما اشتهر بالباب الذي دخل منه.

٥/ ٢٠ ـ تعارض المصالح المرسلة مع نصوص الشريعة:

رأينا فيما سلف من تعريف المصلحة المرسلة أنها هي التي تتفق والمقاصد العامة للشريعة، دون أن يكون هناك نص شرعي عليها أو ما يماثلها بحيث يمكن أن تقاس عليه.

فالمفروض إذن في الأمور والأحكام التي يبنيها الاجتهاد الفقهي على قاعدة المصالح أنه لا يوجد نص شرعي يأمر بها، أو يأمر بأمر تجمعها به علة مماثلة بحيث يمكن أن تقاس عليه؛ إذ لو كان مثل هذا النص موجوداً في الموضوع لكان الحكم المطلوب مضافاً إليه أو إلى القياس المبني عليه، لا إلى مجرد المصلحة التي أوجب الشرع الإسلامي رعايتها بوجه عام (ر: ف ٥/ ١).

ولكن العكس ممكن التصور والوقوع، وهو أن يعترض سبيل المصلحة المتفقة مع مقاصد الشريعة نص شرعي مانع، فهل يعمل عندئذ بالنص دون المصلحة أو بالمصلحة دون النص، ما هو الموقف الفقهي في ذلك؟

إن النصوص الشرعية نوعان:

ـ **نصوص خاصة** ترد عن الشارع في أشياء محدودة، وحالات معينة مخصوصة فتأمر بها أو تنهى عنها بخصوصها[1].

ـ **ونصوص عامة** ذات شمول وإحاطة يدخل تحت حكمها أمور

---

(١) كنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن **خطبة الإنسان على خطبة أخيه، أوسومه على سوم أخيه**. ـ أخرجه البخاري (٥١٤٤)، ومسلم: ٢: ١٠٢٩ (٣٨) ـ أي لا يجوز لأحد، إذا رأى غيره يخطب امرأة للزواج، أو يساوم بائعاً على شيء ليشتريه منه، أن يأتي هو فيزاحمه على الخطبة أو الشراء، بل عليه أن ينتظر، فإذا لم يتم الاتفاق بين الطرفين تقدم هو للطلب.

وحالات وأفراد كثيرة متجانسة[١].

ثم إنَّ النص الشرعي قد يكون قطعياً في **دلالته** على المعنى المراد، وفي **ثبوت نقله** عن الشارع؛ وقد يكون غير قطعي في إحدى هاتين الجهتين: أي الدلالة، أو الثبوت[٢].

٢١/٥ ـ أ ـ المصلحة تجاه النص القطعي:

فإذا كان النص قطعياً في دلالته وثبوته لا يتصور أن تعارضه مصلحة تقتضي خلافه، لأنَّ معيار المصلحة هو النظر الشرعي.

فما نظنه مصلحة بنظرنا الخاص وهو معارض لنص قطعي هو عندئذ مفسدة في نظر الشارع من وجوه أخرى راجحة. فلا شك في لزوم العمل بالنص دون هذه **المصلحة الموهومة**. وهذا مُتَّفَق عليه بين أئمة فقهاء الشريعة، إلا بعض شذوذات فردية من أناس كسليمان الطوفي.

مثال ذلك أنَّ القرآن قد أوجب على المرأة المتزوِّجة، عند انحلال الزواج بالطلاق، أن تتربص (أي تنتظر دون زواج جديد) مدة ثلاثة أدوار طمثية إن كانت تحيض، أو ثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض. وعند التأيُّم،

(١) كنهي النبي عليه السلام عن بيع **الغَرَر** (بفتحتين)، قال ابن الأثير في «جامع الأصول» ١/٥٢٧: «الغرر ما له ظاهر تؤثره، وباطن تكرهه، فظاهره يغرُّ المشتري، وباطنه مجهول» انتهى. فبيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود، منهي عنه لما فيه من مغامرة وتغرير يجعله أشبه بالقمار، كبيع **ضربة القانص أو الغائص**، أي ما ستخرجه شبكة الصياد من سمك، أو غوصة الغواص من لؤلؤ. فهذا نص عام يدخل تحته جميع أنواع الغرر. (وانظر ما سيأتي في معنى النص العام ف ٢/٧١).

(٢) ومن هذا القبيل، أي غير القطعي، جميع **النصوص العامة** في القرآن أو في السنة النبوية في نظر معظم أئمة الفقه الإسلامي سوى الحنفية، فإن النص العام هو في نظر جمهور الأئمة غير قطعي الدلالة بسبب عمومه. وكذا نصوص الحديث النبوي الثابتة **برواية الآحاد** ولو بطرق صحيحة، فإنها عندهم غير قطعية الثبوت بوجه عام، ولو كانت قطعية الدلالة على المعنى المراد.

أي انحلال الزواج بوفاة الزوج، أوجب عليها أن تتربص كذلك أربعة أشهر وعشرة أيام. وإذا كانت المرأة حاملاً فعدتها تمتد حتى وضع الحمل في جميع الأحوال. وذلك لاعتبارات شرعية أهمها صيانة الأنساب من الضياع بالاختلاط؛ لأنَّ المرأة إذا تزوجت إثر انحلال الزواج السابق ثم ظهر بها حمل فإنه لا يعرف من أي الزوجين هو؟ فهذا نصٌّ قطعي الدلالة والثبوت في وجوب العدة وفي المدة.

فمهما تصور أحدٌ من مصلحة في إهمال العدة أو في نقص مدتها لا ينهض ذلك حجة في وجه هذا النص القاطع، ولا يصحُّ زواج المرأة قبل انقضاء عدتها، لأنَّ مراد الشارع واضح كل الوضوح من النص، وهو لم يهمل اعتبار المصلحة التي نتصورها في الموضوع إلا لأنه يرى في مقابلها مفسدة أعظم منها. وقد قدَّمنا أن كل أمر فيه جهتا نفع وضرر، وإنما العبرة للجهة الراجحة (ر: ف ٥/٥).

٥/ ٢٢ ـ ب ـ المصلحة تجاه النص غير القطعي:

أما إذا كان النص غير قطعي في دلالته أو ثبوته فإن الاجتهادات مختلفة في جواز تقييده وتخصيصه بالمصلحة عند التعارض:

١ ـ فالاجتهادات التي تشجب نظريتي الاستحسان والاستصلاح وترفضهما، كالاجتهاد الشافعي، لا تقبل تخصيص النص ـ ولو كان غير قطعي ـ بالمصلحة، لأنَّ من يرفض تحكيم المصلحة المرسلة عند فقدان النص، فعند معارضة النص لها يرفضها بطريق الأولوية.

لكن إذا اعترض سبيل تطبيق النص **ضرر عارض** فعندئذ تحكم قاعدة **الضرورات، واختيار أهون الشرين**، فإنَّ الضرورات تبيح المحظورات.

ويرى الإمام الغزالي في هذا المقام أنه إذا طرأت ظروف **عارضة** تقتضي المصلحة فيها مخالفة النص الشرعي، وكان يترتَّب على التمسك

بالنص **ضرر عام محيط** فإنَّ رعاية المصلحة هنا على خلاف مقتضى النص واجبة ولا يمكن الاختلاف فيها.

مثال ذلك: ما لو تترس الأعداء المحاربون بجماعة من أسرانا الذين في أيديهم، وكان يخشى من ترك الأعداء أن يظهروا علينا، فإنه يجوز بل يجب رميهم بالسلاح، وإن ترتَّب عليه قتل من تترسوا بهم من جندنا المعصومة دماؤهم بالنص القرآن القاطع. (ر: المستصفى للغزالي بحث الاستصلاح).

وهذا مثل متفق عليه وقد نصَّ عليه فقهاء المذهب الحنفي، وعللوه بأننا إذا لم نضرب حرصاً على أرواح من تترسوا بهم من أسرانا تمكن العدو بذلك من الاستيلاء علينا ثم يقتلهم ويقتلنا. فالتضحية بالأسرى لدفع العدو وانقاذ الناس أهون الشرين. ولكن من حيث النية يجب عندئذ على الرماة **في حكم الديانة** أن يقصدوا بالرمي العدو، لا من تترس بهم من جماعتنا. (ر: الدر المختار ورد المحتار ٣/ ٢٢٣).

فأنت ترى أنَّ الشافعية يشترطون للعمل بالمصلحة على خلاف مقتضى النص أن تصل المصلحة إلى درجة الضرورة تطبيقاً لقاعدة أهون الشرين في الظروف الطارئة الاستثنائية. وهذا كما قلنا محل اتفاق حتى تجاه النصوص القطعية. أما في الحالات العادية العامة التي هي محل بحثنا فلا مجال عندهم للتقدير الاستصلاحي.

٢ ـ أما الاجتهادات التي تأخذ بنظرية الاستصلاح، ففيها اتجاهان:

الاتجاه الأول: لا يقبل تخصيص النص بمقتضى المصلحة المرسلة ولو كان النص غير قطعي، وهذا هو اتجاه الاجتهاد الحنبلي.

فدلالة النص وعمومه مقدَّمان في مذهب أحمد بن حنبل على النظر إلى المصلحة، لأنَّ محل النظر إليها إنما هو عند فقدان النص، ولا مجال للنظر إليها عند وجوده. (ر: كتاب «ابن حنبل» للأستاذ الشيخ محمد أبي

زهرة ص/٣٠٣/ و «المدخل إلى علم أصول الفقه» للأستاذ الدكتور معروف الدواليبي، ص/٣١٥/ الطبعة الثانية).

والاتجاه الثاني: يرى أصحابه أنَّ المصلحة تخصِّصُ النص عند التعارض. أي أنهم يرون إعمال النص في الحالات التي لا يتنافى فيها مع تلك المصلحة المعارضة، إذ يرون في هذه المصلحة الموزونة بالمقاييس الشرعية دليلاً على أنَّ الشارع إنما يريد بنصه أن يطبق فيما لا تقتضي المصلحة خلافه[1].

ويتجلى هذا الموقف في تخصيص النص غير القطعي بمقتضى المصلحة عند التعارض في الاجتهادين الحنفي والمالكي بصورة خاصة، كما نرى فيما يلي:

٥/٢٣ ـ في المذهب المالكي:

فالاجتهاد المالكي، وهو المشهور باعتماد المصالح المرسلة أكثر من غيره، من المقرر فيه أنَّ المصلحة تخصص النصوص غير القطعية ـ ومنها النصوص العامة جميعاً في نظر المالكية ـ عند التعارض.

ومن أمثلة ذلك عند المالكية ما لو ادعى أحد على آخر مالاً وعجز عن الإثبات، وطلب تحليف المدَّعىٰ عليه اليمين، فإنَّ مالكاً لا يوجب تحليف المُدَّعىٰ عليه إلا إذا كان بينه وبين المدَّعي خلطة، نظراً للمصلحة ودرءاً للاستغلال الباطل، كي لا يتجرأ السفهاء على الفضلاء فيجروهم إلى المحاكم بدعاوى كاذبة موهومة أمام الناس، فيستغلوا كراهيتهم للحلف ليبتزوا أموالهم افتداء من اليمين.

---

(١) يجب أن يلحظ هنا أنَّ تخصيص النص التشريعي ليس تغييراً للحكم المقرر فيه، لأنَّ التغيير نسخ لا يملكه إلا من له حق التشريع، وإنما التخصيص عند علماء أصول الفقه هو: قصر النص على بعض ما يشمله لفظه على سبيل التفسير والبيان لمراد الشارع، لا على سبيل التغيير.

وهذا عندهم تخصيص بمجرد المصلحة لنص الحديث النبوي القائل: **«البيِّنة على المدَّعي واليمين على من أنكر»**[1] (ر: رسالة العرف والعادة للأستاذ الشيخ أحمد فهمي أبي سنة ص/٩٧).

وفي المذهب المالكي أمثلة أخرى على تخصيص نصوص القرآن والسنة بالمصلحة لا حاجة لسردها هنا. وبعضها سيأتي ذكره في «نظرية العرف» أواخر هذا المدخل (ر: ف ٧٢/٥).

والمشهور بين الباحثين أنَّ المذهب المالكي هو الذي يرى تخصيص النصوص بالمصلحة عند التعارض، دون المذهب الحنفي. وهذا أيضاً رأي الأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة في كتابه **«مالك»** و **«ابن حنبل»**.

ولكن هذا في نظرنا خلاف الواقع، فإنَّ فروع مذهب الحنفية والأحكام التي قرروها فيه، تشهد بأنهم سبقوا الاجتهاد المالكي في تخصيص النصوص بالمصلحة المرسلة، كما يتضح مما يلي:

٥/ ٢٤ ـ في المذهب الحنفي:

١ ـ ورد في السنة أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الشهادة فقال للسائل: **هل ترى الشمس؟** قال: نعم قال: **«على مثلها فاشهد أو دع»**[2].

وهذا بظاهره يوجب العيان في تحمل الشهادة في جميع الشؤون

---

(١) رواه الترمذي (١٣٤١) في الأحكام من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما. وقال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال. ومحمد بن عبيد الله العَرْزمي يضعَّف في الحديث، من قبل حفظه. ضعّفه ابن المبارك وغيره.

ثم أورد الترمذي حديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى أن اليمين على المدَّعى عليه. (١٣٤٢) وقال عقبه: فهذا حديث حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: أن البيِّنة على المدَّعي واليمينَ على المدَّعى عليه. (ر: ف ١٠/ ٢ الحاشية).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه، والحاكم في كتاب الأحكام من «المستدرك» وصححه. ولكن ضعفه الذهبي والنسائي (ر: «نصب الراية لأحاديث الهداية» للحافظ الزيلعي، كتاب الشهادات).

عامة، ويحظر على الإنسان أن يشهد أمام القضاء بأمر لم يشاهده وإنما سمع به من غيره.

وقد قرر الفقهاء بناءً على هذا عدم **قبول شهادة التسامع** في إثبات الحقوق. لكن فقهاء الحنفية رأوا أنَّ هناك موضوعات تقتضي المصلحة فيها قبول شهادة التسامع، لأنَّ اشتراط **العيان** فيها متعذِّر أو غير متيسر، فيضيع هذا الاشتراط حقوقاً هامة لا يسوغ الشرع التفريط فيها، فقرروا قبول شهادة **التسامع** في أمور عديدة، منها إثبات **أصل الوقف**، أي إثبات أنَّ هذا العقار موقوف وليس ملكاً لصاحب اليد عند الاختلاف في وقفيته وملكيته.

وقد عللوا ذلك بأنَّ المصلحة تقضي بقبول شهادة التسامع هنا **استحساناً** على خلاف القياس للضرورة، وذلك صيانة للأوقاف القديمة عن الضياع، لأنَّ الوقف إذا تقادم ولم تكن عقاراته مسجلة في سجل المحكمة، أو فُقِد سجلها، لا يبقى ممكناً إثبات وقفيتها لانقراض الشهود الذين شهدوا على عبارة الواقف حينما وقف الوقف. فيتجرأ كل إنسان على غَصْب الأوقاف القديمة وادعاء ملكيتها دون إمكان إثبات وقفيتها إذا اشترطنا العيان. فلذا تقبل شهادة التسامع في هذا الإثبات، وذلك بأن يشهد الشاهد بالوقفية استناداً إلى ما يسمعه من الناس الثقات، ولو أنهم أيضاً سامعون من مثلهم وغير معاينين[1].

ومما قبل فيه أيضاً فقهاء الحنفية شهادة التسامع: إثبات **النسب، والوفاة، والدخول بالزوجة**، إلى عشرة مواضع مبينة في كتبهم[2]، فخصصوا بذلك نص الحديث النبوي الذي يوجب العيان في تحمل الشهادة ليصح

(١) يلحظ في هذا المقام أنه بعد إنشاء **السجل العقاري** في بلادنا أصبحت قيوده هي المعوَّل عليها في إثبات الملكية والوقفية وغيرها من الحقوق العينية في العقارات المسجلة فيه.

(٢) ترى هذه المواطن التي قبلوا فيها شهادة التسامع في كتابي «أحكام الأوقاف»، ف/ ١٣٤، وفي شروح المادة/١٦٨٨/من المجلة، وفي «رد المحتار» لابن عابدين ٤/ ٣٧٥.

أداؤها، وليس لهم دليل أو تعليل في هذا التخصيص إلا **المصلحة المرسلة**.

٢ ـ ورد أيضاً في الحديث النبوي الثابت أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن **بيع الإنسان ما ليس عنده**[١]، وهي قضية بيع المعدوم؛ كما نهى أيضاً عن **بيع الغرر**[٢]، وقد تقدم بيان معناه (ر: ف ٥/ ٢٠ الحاشية).

لكن فقهاء المذهب الحنفي خصصوا هذين الحديثين، فجوَّزوا بيع المواسم الثمرية في الكروم وسائر الأشجار ذات الثمار **المتلاحقة**[٣]، متى ظهر بعض هذه الثمار فقط وبدا صلاحها؛ وذلك لأنَّ **المصلحة** تقضي بتجويز هذا البيع لحاجة الناس إليه.

وفي هذا التجويز تخصيص للحديثين المذكورين، فإن الثمار التي ستوجد معدومة وقت البيع، ففيها بيع لمعدوم؛ كما أنَّ كميتها احتمالية لا يمكن تحديدها وقت البيع؛ ففيها نوع من الغرر.

٣ ـ قرر فقهاء المذهب الحنفي قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه إلا النساء فقط، كالجرائم التي تقع في حماماتهن، وكشهادة القابلة على الولادة وتعيين الولد عند النزاع فيه.

وبذلك قد خصصوا نصوص القرآن والسنة التي تشترط في الشهادة عنصر الذكورة بأن يكون شهود الإثبات رجالاً فقط، أو رجالاً ونساء معاً.

وهذا التخصيص أيضاً بمقتضى المصلحة، إذ بدونه تضيع هذه

---

(١) عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: «لا تبع ما ليس عندك» رواه أبو داود (٣٥٠٣) والترمذي (١٢٣٢) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٤٦١٣). وقال ابن دقيق العيد في آخر «الاقتراح» ص ٣٠٣: وهو على شرط الشيخين (ر: ف٧٢/ ٣).

(٢) رواه مسلم (١٥١٣) في البيوع، والترمذي (١٢٣٠)، وأبو داود (٣٣٧٦)، والنسائي (٤٥١٨).

(٣) المراد بالمتلاحقة التي لا تنعقد على أشجارها دفعة واحدة، بل كلما قطفت أخلفت، كالعنب، وكالخرشوف المسمى في البلاد الشامية اليوم (انكنار) أو (شوكي).

الحقوق. وقد رأينا أنَّ صيانة الحقوق مصلحة شرعية من الضروريات الخمس التي سلف ذكرها (ر: ف ٥/ ٤).

٥/ ٢٥ ـ يتضح بهذه الشواهد التي أوردناها من المذهب الحنفي أنَّ فقهاءه يتبنون تخصيص النصوص الشرعية بالمصلحة المرسلة، خلافاً لما يرى الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «ابن حنبل» من أنَّ الحنفية يختلفون عن المالكية في ذلك.

هذا، وقد أطلنا وتوسعنا في بحث الاستحسان والمصالح المرسلة لأني رأيت الحاجة الزمنية داعية إلى بحث هذين المصدرين العظيمي الشأن في الفقه الإسلامي بصورة مستوفاة منسَّقة في هذا العصر، كي يعلم ما في الفقه الإسلامي من مبان وأصول ونظريات تأسيسية سمحة خصبة تتسع للاستخراج والاستنتاج في شتى نواحي الاحتياج التشريعي[1].

(١) وقد نقلنا في الطبعة الرابعة وعلقنا عن بعض كتب ظهرت بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل ككتاب **«ابن حنبل»** للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، وكتاب **«المدخل إلى علم أصول الفقه»** للزميل الأستاذ الدكتور معروف الدواليبي (الطبعة الثانية)، فقد أفدنا منهما بعض ملاحظات جديدة في بحث المصالح المرسلة استلحقناها في الطبعة الرابعة التي وسَّعنا فيها بحث الاستصلاح وجعلناه أغنى بالشواهد والأمثلة الفقهية.

ملحق بالفصل الخامس

الاستصلاح والسياسة الشرعية

٥/٢٦ ـ السياسة الشرعية هي تصرف لولي الأمر «يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يصنعه الرسول ولا نزل به وحي.. ـ ما دام ـ لم يخالف ما نطق به الشرع»[١] أي كان مباحاً. ومن أشهر أمثلة السياسة الشرعية التي يذكرها الفقهاء: التعازير (مفردها: تعزير) وهي العقوبات التي تركت الشريعة أمر تحديدها لولي الأمر.

ويغلب في اصطلاح الفقهاء استعمال عبارة السياسة الشرعية للإشارة إلى أمثال هذه التدابير الزاجرة للناس عن سوء استعمال الأحكام والمباحات الشرعية.

ومن السهل أن نلاحظ أنَّ السياسة الشرعية هي نوع من الاستصلاح، ويتأكد ذلك إذا ذكرنا أنَّ التدابير الزَّجْرية التي قد تنطوي عليها السياسة الشرعية لا تنحصر في العقوبات البدنية، بل قد تكون مؤيّدات مدنية تبْطل عقداً أو تصرفاً فتحرم مرتكب المخالفة من تحقيق مراده. ويتضح ذلك في المثالين التاليين:

٥/٢٧ ـ الزواج بامرأة في حال عدتها: منع القرآن العظيم[٢] الزواج

---

(١) هذا تعريف الفقيه الحنبلي ابن عقيل. ر: **شريعة الإسلام** للعلامة الدكتور يوسف القرضاوي، ص ٢٥، **والطرق الحكمية في السياسة الشرعية** لابن القيم رحمه الله، ص ١٥ ـ ١٧.

(٢) الآيتان ٢٣٤ و ٢٣٥ من سورة البقرة.

بامرأة خلال عدتها. وقد حصل في خلافة عمر رضي الله عنه أنَّ رجلاً تزوج امرأة في عدتها، ففرَّق بينهما عمر ومنع الرجل أن يتزوج بها أبداً (أي حتى بعد انقضاء عدتها). وقد أخذ الإمامان مالك وأحمد بهذا الاجتهاد فقالا بأنَّ من تزوج امرأة في عدتها يمنع من الزواج بها أبداً[1]. فهذا المنع المؤبَّد يعني إبطال عقد الزواج عقوبة لهذه المخالفة، وهي عقوبة قُدِّرت بالاجتهاد وعلى أساس **السياسة الشرعية**، إذ لم ينص القرآن العظيم على عقوبة محدَّدة لمن يخالف هذا الحكم.

٥/٢٨ ـ طلاق الفرار: هذا العنوان استعمله فقهاء الحنفية للدلالة على تطليق الرجل زوجته طلاقاً بائناً دون رضاها وهو في مرض الموت. وهذا يعدُّ تعسفاً من الزوج في استعمال حق الطلاق، لأنّ فيه عندئذ خروجاً عن الغاية التي شرع الطلاق من أجلها وهي الخلاص من سوء العشرة، كما يقول فقهاء الحنفية. وعندما يكون الرجل في مرض الموت أو ما في حكمه (كمن أصبح أمام حادث يغلب فيه الهلاك، أو من سيق إلى ساحة الإِعدام ليقتل قصاصاً مثلاً) فهو قادم على خلاص أبدي من سوء العشرة التي يعانيها في زعمه. فلم يبق لتطليقه زوجته في هذه الحال إلاّ تفسير واحد غالباً، هو أنه يريد التطليق انتقاماً ومضارّة ليحرمها من ميراثه، وليس خلاصاً من سوء العشرة. وهذا تعسُّف واضح.

وقد قضىٰ سيدنا عثمان بتوريث المطلقة من زوجها حينئذ[2]، خلافاً للحالة العادية حيث لا يتوارث الزوجان بعد طلاق بائن.

---

(١) الاجتهادان الحنفي والشافعي على خلاف ذلك. انظر: **أحكام القرآن لأبي بكر** الجصاص، عند شرحه أحكام الآيتين الكريمتين السابقتين.

(٢) يبدو أنَّ هذا أيضاً هو اجتهاد سيدنا علي كرم الله وجهه. وقد أخذت المذاهب الثلاثة بهذا الاجتهاد مع تقييده بشروط إضافية. وخالف الشافعية فلم يورثوا المطلقة فراراً. للتفصيل ر: **مالك لأبي زهرة**، ص ١٩٨، و **بداية المجتهد** لابن رشد (٦٨/٢، القاهرة، طبعة الخانجي، ١٣٢٩ هـ.

فتوريث الزوجة من زوجها بعد طلاقها منه هو إبطال لأحد آثار الطلاق، حين يغلب على الظن بأنَّ الزوج أساء باستخدامه الطلاق لغير ما شرع له، فرد عليه قصده السيء، وهذا من السياسة الشرعية.

ونظراً للصلة الوثيقة بين الاستصلاح والسياسة الشرعية فإنَّ الأمثلة على أحدهما تصلح غالباً أمثلة على الآخر. وسنورد عند الحديث عن الدور السادس من أدوار الفقه (في الملحق بالفصل ١٥ القادم) أمثلة على أحكام استصلاحية صدرت بأوامر سلطانية في ذلك الحين، تبطل بعض التصرُّفات، أو تقيِّد بعض الأحكام الاجتهادية. كما سننقل في الملحق الأول بالفصل الثاني والعشرين، كلاماً نفيساً لابن القيِّم عن أنواع من التنظيمات والأوامر الاستصلاحية سماها: «القوانين السياسية» (ر: حاشية ف ٩/٢٢ الآتية).

الفصل السادس

المصادر التبعية: العرف

٦/١ ـ معنى العرف لغة واصطلاحاً:

العُرْف، بضم العين، هو في أصل اللغة بمعنى المعرفة.

ثم استعمل لغة بمعنى الشيء المعروف المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول.

وعليه قوله تعالى:

﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ[1] وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ (سورة الأعراف ٧/ ١٩٩).

أما في الاصطلاح الفقهي فإنَّ العرف هو: **«عادة جمهور قوم في قول أو عمل[2]»**.

---

(١) معنى «العفو» في أصل اللغة هو القصد إلى تناول الشيء، يقال: عفا فلاناً واعتفاه، إذا قصده للتناول مما عنده. ثم تشعَّب المعنى بالاستعمال؛ ومن ذلك العفو عن الذنب، لأنَّ فيه قصداً إلى إزالته عن صاحبه.

ومعنى «خذ العفو» في الآية: تقبل من الناس ما يسهل قصده وتناوله، والميسور عليهم من خلائقهم، دون تكلّف ومشقة. ومثله قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ ٱلْعَفْوَ﴾ [سورة البقرة: ٢/ ٢١٩]، أي قل لهم ينفقوا ما يسهل عليهم إنفاقه من غير كرائم أموالهم (ر: «مفردات القرآن» للراغب الأصفهاني).

* (٢) وضعنا هذا التعريف مستوحى من عدة تعريفات للفقهاء ذكرها ابن عابدين رحمه الله في رسالته المسماة: «نَشْر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» المنشورة في الجزء الثاني من مجموعة رسائله في الصفحات/ ١١٤ ـ ١٤٧/ ، ولم نجد تلك التعاريف المأثورة واضحة ولا وافية.

ومن ثم يسمى أيضاً: «عادة» و «تعاملاً».

ويفهم من هذا التعريف أنه لا يتحقق وجود العرف في أمر من الأمور إلا إذا كان مطَّرداً بين الناس في المكان الجاري فيه، أو غالباً بحيث يكون معظم أهل هذا العرف كل منهم يرعاه ويجري على وفقه؛ كتعارف الناس اليوم مثلاً في بلاد الشام أنَّ المهر الذي يسمى للمرأة في عقد النكاح يكون ثلثاه معجلاً وثلثه مؤجلاً إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق. فيجب أن يتحقق في تكوين العرف اعتياد مشترك بين الجمهور، وهذا لا يكون إلا في حالة الاطراد أو الغلبة على الأقل، وإلا كان تصرُّفاً فردياً لا عرفاً.

وعن هذا وضع الفقهاء القاعدة القائلة: **إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»** (م/ ٤١).

٦/ ٢ ـ شأن العرف بين مصادر الأحكام.

في الحياة الاجتماعية لدى الأقوام الذين لا شريعة عندهم تكون الأعراف والعادات هي الشريعة التي يحتكم إليها.

ومن ثم نعلم ما للعرف من حاكمية قديمة بين البشر.

وبما أنَّ بعض الأعراف قد تكون في ذاتها حسنة عادلة، أو قبيحة جائرة، كان من جملة أهداف الشرائع التي تسن أن تقر العرف الحسن وتنهى عن القبيح[1].

---

(١) يعد علماء القانون مصادر الشرائع الوضعية ـ أي القوانين التي تضعها الأمم لأنفسها ـ خمسة، وهي:

١ ـ العرف ٢ ـ الدين ٣ ـ آراء الفقهاء وشُرَّاح القوانين ٤ ـ اجتهاد القضاء، أي أحكام المحاكم ٥ ـ قواعد العدل والانصاف.

فمن هذه المصادر الخمسة تستمد الأحكام الوضعية التي تصاغ قوانين يلزم بها الناس ويجري عليها القضاء بينهم، كما يرجع إليها القضاء فيما لم تتناوله القوانين بالنص.

هذا ويلحظ أن للأحكام التي تستمد من العرف مزيتين:

إحداهما ـ أنَّ الناس يكونون على علم سابق في معاملاتهم فيقل اختلافهم. لأنَّ جهل الناس بالأحكام مما يولد المشكلات بينهم.

=

والعرف والعادات إلى اليوم تعدُّ في نظر الحقوقيين مصدراً من أهم المصادر للقوانين الوضعية ذاتها، فيستمد منه واضعوها كثيراً من الأحكام المتعارفة، ويبرزونها في صورة نصوص قانونية يُزال بها الغموض والإبهام الذي لا يجلّيه العُرْف في بعض الحالات.

والشريعة الإسلامية كذلك جاءت فأقرَّت كثيراً من التصرُّفات والحقوق المتعارفة بين العرب والإسلام، وهذَّبت كثيراً، ونهت عن كثير، كما أتت بأحكام جديدة استوعبت بها تنظيم الحقوق والالتزامات بين الناس في حياتهم الاجتماعية على أساس وفاء الحاجة والمصلحة والتوجيه إلى أفضل الحلول والنظم، لأنَّ الشرائع الإلهية إنما تبغي بأحكامها المدنية تنظيم مصالح البشر وحقوقهم، فتقر من متعارف الناس ما تراه محققاً لغايتها، ملائماً لأسسها وأساليبها.

٦/٣ ـ الدليل الشرعي على اعتبار العرف:

يذكر بعض العلماء من الأدلة الشرعية في الإسلام على اعتبار مكانة العرف الفقهية في إثبات الأحكام قوله تعالى في الآية السالفة البيان: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾ (٧/ ١٩٩).

ولا يخفى أنَّ العرف في هذه الآية واقع على معناه اللغوي وهو الأمر المستحسن المألوف، لا على معناه الاصطلاحي الفقهي. ولكن توجيه هذا الاستدلال هو أنَّ العرف في الآية، وإن لم يكن مراداً به المعنى الاصطلاحي، قد يُسْتَأْنَسُ به في تأييد اعتبار العرف بمعناه الاصطلاحي، لأنَّ عُرْف الناس في أعمالهم ومعاملاتهم هو مما استحسنوه وألفته عقولهم. والغالب أنَّ عرف القوم دليل على حاجتهم إلى الأمر المتعارف فاعتباره يكون من الأمور المستحسنة.

= والثانية ـ أنَّ تلك الأحكام تكون مألوفة مستساغة ومقبولة، لأنهم قد اعتادوها قبل أن تصبح قانوناً.

ومعظم العلماء يستدلون على مكانة العرف الفقهية في بناء الأحكام الشرعية بأثر قد روي موقوفاً[1] عن عبد الله بن مسعود، وهو من كبار فقهاء صحابة الرسول عليه الصلاة والسلام، أنه قال: **«ما رآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حسن»**.

٦/ ٤ ـ سلطان العرف في الفقه الإسلامي إجمالاً.

إنَّ للعرف في الفقه الإسلامي اعتباراً شرعياً في بناء كثير من أنواع الأحكام التي سنرى بيانها مفصَّلاً في بحثنا عن نظرية العرف في الفقه الإسلامي، آخر القسم الثاني من هذا المدخل الفقهي.

والاجتهادات الفقهية في الإسلام متفقة على هذا الاعتبار للعرف، وإن كان بينها شيء من التفاوت في حدوده ومداه.

وقد أقام الفقهاء كبيرَ وزن للعرف في ثبوت الحقوق وانتفائها بين الناس في نواح شتى من المعاملات وضروب التصرفات، واعتبروا العرف والعادة أصلاً هاماً ومصدراً عظيماً واسعاً تثبت الأحكام الحقوقية بين الناس على مقتضاه في كل ما لا يصادم نصاً تشريعياً خاصاً يمنعه.

فالعُرف في نظرهم دليل شرعي كاف في ثبوت الأحكام الإلزامية والالتزامات التفصيلية بين الناس، حيثما لا دليل سواه؛ بل إنه يترك به

---

(١) الأثر الموقوف هو الذي يتكلم به الصحابي دون أن يسنده إلى النبي ﷺ، ومن المقرر أنَّ الأثر الموقوف إذا كان يتضمن أمراً تشريعياً فإنه يعتبر كحديث مروي عن النبي ﷺ لأنَّ الصحابي لا يستطيع أن يقوله برأيه.

وبعض الفقهاء يرفع هذا النص إلى النبي ﷺ ولكن التحقيق أنه أثر موقوف على ابن مسعود. وقد رواه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده ١/ ٣٧٩ موقوفاً عليه: (ر: أول رسالة «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» لابن عابدين).

وقال السخاوي في «المقاصد الحسنة» ص ٣٦٧: «رواه أحمد في كتاب السنة، عن ابن مسعود، وهو موقوف حسن، وكذا أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في ترجمة ابن مسعود من «الحلية» بل هو عند البيهقي في «الاعتقاد» من وجه آخر عن ابن مسعود».

القياس إذا عارضه، لأنَّ القياس المخالف في نتيجته للعرف الجاري يؤدي إلى حرج، فيكون ترك الحكم القياسي والعمل بمقتضى العُرْف هو من قبيل الاستحسان المقدَّم على القياس.

أما إذا عارض العرف نصاً تشريعياً آمراً بخلاف الأمر المتعارف ففي اعتبار العرف وعدمه، وفي محل هذا الاعتبار ودرجته، تفصيل لا يتسع له هذا المقام، وسنبحثه في محله من نظرية العرف، كما سنرى هناك أنواع العرف وتقسيمه إلى لفظي وعملي.

٦/ ٥ ـ أهم القواعد الفقهية في العرف وسلطانه:

هذا، وقد أثبت الفقهاء قواعد في العرف والعادة كانت أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية القائمة على العرف. وذكرت المجلة طائفة منها في المواد/ ٣٦ و ٣٧ و ٣٩ و ٤٠ ـ ٤٥/ .

ومن أهم هذه القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف القواعد التالية:

١ ـ «العادة مُحَكَّمة»[١] (المجلة/ ٤٠).

٢ ـ «الحقيقة تترك بدلالة العادة»[٢] (م/ ٤٠).

٣ ـ «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» (م/ ٣٧).

٤ ـ «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» (م/ ٤٣).

٥ ـ «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» (م/ ٤٥).

٦ ـ «لا ينكر تغيُّر الأحكام بتغير الأزمان» (م/ ٣٩).

---

(١) محَكَّمة: بتشديد الكاف المفتوحة، اسم مفعول من التحكيم، أي أنَّ العرف يجعل حاكماً في إثبات الأحكام الشرعية والالتزامات بين الناس على وفقه، ويلزمهم بها قضاء.

(٢) هذه القاعدة تتعلق بالعرف اللفظي الذي سيأتي بيانه في نظرية العرف.

والمراد بالحقيقة هنا المعنى الأصلي للفظ في مقابل المعنى المجازي. أي أن ألفاظ الناس في أقوالهم وتصرفاتهم تحمل على معانيها المتعارفة بينهم، لا على معانيها الحقيقية في أصل اللغة.

وسيأتي شرح هذه القواعد، مع بقية القواعد الكلية، في القسم الأخير من هذا المدخل.

وانظر في موضوع هذه القاعدة الأخيرة ما تقدم في بحث الاستصلاح (الفصل ٥) وما سيأتي آخر نظرية العرف (ف ٧٦/١ ـ ٣/٧٨).

وعلى أساس هذه القواعد فرع الفقهاء وقرروا ما لا يحصى من فروع الأحكام في مختلف الأبواب الفقهية والمعاملات:

أ ـ فتقسيم مهر المرأة مثلاً إلى معجَّل ومؤجَّل في الزواج، ومقدار كل منهما إذا لم يبين في عقد النكاح يرجع فيه إلى العرف.

ب ـ وتقسيم ثمن المبيع وأجرة المأجور إذا لم يصرِّح به العاقدان وكان فيه عرف جار في بلدة العقد، يلزم فيه الطرفان بحكم العرف.

ج ـ وما يعد في المبيع عيباً مسوِّغاً لفسخ البيع أو لا يعد عيباً إنما يحكم فيه العرف.

د ـ وتجاوز المستأجر الحدود الجائزة له في استيفاء منفعة المأجور حتى يعتبر متعدياً ضامناً قيمته إذا تلف إنما ميزانه العرف.

هـ ـ وكيفية حفظ الوديعة مما يعد به الوديع مقصِّراً في حفظها فيضمن إنْ ضاعت، أو غير مقصِّر فلا يضمن، إنما يعتبر أيضاً فيه العرف.

و ـ واختلاف المعلم مع التلميذ العامل في الصناعات أيهما يستحق على الآخر أجراً يرجع فيه إلى عرف البلدة (المجلة/ ٥٩٦).

ز ـ وكذا في الإجارة كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة (المجلة/ ٥٧٤).

إلى غير ذلك من القضايا التي لا تنتهي، مما ملئت به فصول الفقه، وجعلوا للعرف فيه السلطان المطلق في الحكم.

وغني عن البيان أن ما بنيَ من الأحكام على العرف يتبدَّل بتبدُّل العرف. ولذا وضعت القاعدة السالفة الذكر: **«لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان»**

وكذلك لا يحكم العرف في أمر إلا إذا كان هذا العرف موجوداً وقائماً حين التصرف المنشيء. فالعرف الحادث بعد تصرفٍ ما لا يسري عليه.

هذا، وبما أننا سنفرد لنظرية العرف وما فيها من أصول وفروع بحثاً مستقلاً في **القسم الثاني** المخصَّص للنظريات الفقهية العامة من هذا **الجزء**، لذلك نجتزىء هنا بهذه الفكرة الإجمالية عن العُرْف وموقعه في مصادر الفقه الإِسلامي، محيلين بالتفصيل على بحث نظريته في موطنها المشار إليه.

٦/٦ ـ هذه هي مصادر الفقه الإسلامي الأصلية، وأهم المصادر التبعية، عرضنا في هذه المقدمة ما يجب أن يعرفه الطالب عنها.

فكل حكم فقهي مما دوَّنه الفقهاء في مختلف المذاهب لا بد أن يكون مستنداً إلى أحدها.

هذا، ومن العلماء من يرد المصادر كلها إلى الكتاب والسنة باعتبار أنَّ الإجماع في الواقع لا بد أن يستند إلى أحدهما، وأنَّ القياس أيضاً يرجع إلى علة النص في المقيس عليه، فيدخل في دلالة ذلك النص.

بل منهم من يرد المصادر كلها إلى الكتاب فقط، لأنه هو الآمر بتقبل السنة، وهي لا تخرج عن أسسه.

وهذا الرأي صحيح في ذاته لكنه لا يلاقي ما نحن بصدده، فهو لا ينظر إلى نوع الدليل الخاص المباشر المستند إليه في إثبات الأحكام، وإنما ينظر إلى منشأ اعتبار هذا الدليل؛ ولا شك أنَّ منشأ الاعتبار في الجميع إنما هو القرآن، ومع هذا لا يصحُّ أن نقول مثلاً: إنَّ توريث الجد أو الجدة فريضة السدس إنما ثبت بنص القرآن، بل إنما ثبتت فريضة الجد في الميراث مع الابن عند عدم الأب بالإجماع، وثبتت فريضة الجدة بالسنة، لأنَّ القرآن لم يتضمن شيئاً من ذلك كما تقدم (ف ٣/٣ و ٣/٤).

الفصل السابع

الترتيب التاريخي والاعتباري لمصادر الفقه الإسلامي

٧/ ١ ـ أ ـ الترتيب التاريخي:

إنَّ تلك المصادر الأربعة الأساسية للفقه الإِسلامي لم تنشأ كلها معاً في تاريخ واحد.

فقد كان في عصر الرسالة مرجع الأحكام كلها إلى الكتاب والسنة التي تتجلى في بيان الرسول وأقضيته عليه الصلاة والسلام. وكل اختلاف فمرده إليه.

لذلك لم يكن ثمة من مجال لتصور إجماع.

أما القياس فقد كان يلجأ إليه بعض الصحابة فيما يحدث لهم وهم بعيدون عن النبي في أسفارهم أو قبائلهم أو أعمالهم، ويسمونه **فهماً**، أو **رأياً**، أو **اجتهاداً**[1]، كما سماه الإمام الشافعي في رسالة الأصول. ولكنهم

---

* (١) عندما أرسل النبي ﷺ معاذ بن جبل إلى أهل اليمن سأله فقال: كيف تقضي؟ قال معاذ: أقضي بما في كتاب الله. قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: **فبسنَّة رسول الله ﷺ** قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: **أجتهد رأيي**. فَضَرب رسول الله ﷺ في صدره استحساناً وقال: الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسولَ الله. والحديث أخرجه أحمد في المسند ٥:٢٤٢، وأبو داود (٣٥٩٣)، والترمذي (١٣٢٧، ١٣٢٨) وقال: ليس إسناده عندي بمتصل. وأخرجه البيهقي في «الكبرى» ١٠:١١٤. وصححه الخطيب البغدادي في «الفقيه والمتفقه» ١:١٨٩، وأشار أبو بكر ابن العربي إلى صحته في «أحكام القرآن» ٥٧٥١، وفصَّل الكلام عليه في «عارضة الأحوذي» ٦:٧٢ ـ ٧٣. وجوّد الحافظ ابن كثير هذا الحديث في «تفسيره» ١:٦، وصححه ابن القيم في «إعلام الموقعين» ١:٢٠٢.

لا يلبثون أن يعرضوا أفهامهم واجتهاداتهم على النبي ﷺ أول ما يعودون إليه، فيقرهم، أو يخطئهم ويصحح لهم.

أما بعد عصر الرسالة فقد كان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يجمعان الصحابة في الحوادث ويشاورانهم. فإن لم يعرف أحد منهم فيها عن النبي ﷺ نصاً أو قضاء، واتفقوا فيها على حكم أنه هو مقتضى قواعد الشريعة، عمل الخليفتان فيها بما اتفقوا عليه.

وإن لم يتفق الصحابة على حكم الحادثة اجتهد الخليفتان بآرائهما في الحكم الأصلح والأقرب شبهاً بأقضية الرسول، عملاً بدلالة القياس أو المصالح.

ثم بعد ذلك حدث في العصور التالية حاجة إلى تعرف ما اتفق عليه فقهاء الصحابة ليتخذ أساساً في فقه الشريعة.

ثم ألحق به في الاعتبار ما يتفق عليه الفقهاء التابعيون[1] من الثقات المجتهدين، لأنهم هم الراسخون في علم الشريعة، ومرجع فهمها إليهم.

فأصبح الإجماع بعد عصر الرسالة مصدراً من مصادر الأحكام.

فإن لم يحصل هذا الإجماع، أو لم يثبت نقله وروايته في موضوع ما، لم يكن بد لكل فقيه أن يلجأ إلى الطريق التي كان يلجأ إليها الصحابةَ أنفسهم عندما يعوزهم النص، وذلك طريق الاجتهاد والرأي الذي سمي فيما بعد: **قياساً أو استحساناً**.

فيتلخص من ذلك أنه لم يكن في عصر النبي ﷺ مصدر تشريعي

(١) التابعون والتابعيون: من لم يدركوا النبي ﷺ وإنما أدركوا بعض صحابته. وتابعو التابعين من لم يدركوا أحداً من الصحابة وإنما أدركوا التابعين.

سوى الكتاب والسنة؛ وأنَّ القياس كان موقتاً يعقبه استفسار وتصحيح؛ وأنَّ الإجماع متأخِّر عن القياس وجوداً، وإن كان مقدَّماً عليه رتبةً واعتباراً كما سنرى فيما يلي.

٧/ ٢ ـ ب ـ الترتيب الاعتباري:

ما تقدم هو الترتيب التاريخي في نشوء مصادر الفقه الإسلامي.

أما الترتيب الاعتباري بينها فقد اتفقت أئمة الإسلام وعلماء أَصول الفقه أنَّ نصوص القرآن مقدَّمة في الاعتبار على كل ما سواها، ثم نصوص السنة، ثم الإجماع، ثم القياس.

وإذا تعارض حكم القياس مع حكم بعض المصادر التبعية من استحسان أو استصلاح أو عرف، يقدم في الاعتبار حكم كل من هذه المصادر الثلاثة على حكم القياس كما تقدَّم بيانه وأمثلته.

الفصل الثامن

الفرق بين الشريعة والفقه

٨/١ ـ من المهم جداً التمييز بين قولنا: الشريعة الإسلامية، وقولنا: الفقه الإسلامي.

فالشريعة هي نصوص القرآن الموحى به من الله تعالى إلى رسوله محمد ﷺ. والسنة النبوية، وهي أقوال الرسول ﷺ وأفعاله التي هي شرح وتفصيل لما أجمله القرآن، وتطبيق عملي لأوامره ونواهيه وإباحاته، باعتبار أنَّ كل ما يصدر عن الرسول ﷺ متصلاً بتفسير الشريعة وتطبيقها ليس من عند نفسه ومن رأيه الشخصي، وإنما هو بوحي من الله تعالى إليه، وفقاً لقوله تعالى في القرآن:

﴿مَا ضَلَّ صَاحِبُكُمْ وَمَا غَوَىٰ ۞ وَمَا يَنطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ﴾ (سورة النجم الآيتين ٣ و ٤). وقوله: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا ..﴾ الآية (سورة الحشر ٥٩/٧).

٨/٢ ـ أما الفقه فهو ما يفهمه العلماء من نصوص الشريعة وما يستنبطونه من تلك النصوص، ويقررونه ويؤصلونه، وما يقعدونه من القواعد المستمدة من دلالات النصوص.

ولا يجوز الخلط وعدم التمييز بين مفهوم الشريعة الإسلامية، ومفهوم الفقه الإسلامي، لأنَّ الشريعة معصومة، وهي في العقيدة الإسلامية صواب وخير كلها تهدي الحياة الإنسانية إلى الطريق السليم المستقيم.

أما الفقه فهو من عمل الفقهاء في طريق فهم الشريعة وتطبيق نصوصها

وفقاً لغرض الشارع والقواعد الأصولية في استنباط الأحكام منها. وفي هذا يختلف فهم فقيه عن فهم فقيه آخر. وفهم كل واحد مهما علا قدره يحتمل الخطأ والصواب لأنه غير معصوم. وليس معنى ذلك أنّه لا قيمة له، بل له قيمة عظيمة وتقدير كبير، ولكن المقصود أن ليس له القدسية التي للشريعة نفسها المتمثلة بنصوصها من الكتاب والسنة الثابتة. فالفقه وهو فهم الفقيه ورأيه، ولو كان مبنياً على النص الشرعي، هو قابل للمناقشة والتصويب والتخطئة، ولكن التخطئة تنصرف إلى فهم الفقيه لا إلى تخطئة النص الشرعي. ومن ثم اختلفت آراء الفقهاء، ورد بعضهم على بعض، وخطّأ بعضهم بعضاً.

٨/٣ ـ على أن هناك نقطة مهمة محل اشتباه ينبغي تجليتها والتنبيه عليها، وهي أنَّ الفقه الإسلامي يتضمَّن نوعين من الأحكام مختلفَين في طبيعتهما:

ـ **النوع الأول**: أحكام قررتها نصوص قطعية الثبوت والدلالة تمثل إرادة الشارع الإسلامي الواضحة فيما يفرضه على المكلفين نظاماً للإسلام ملزماً لهم، لم يترك لتفسيرهم وفهمهم واستنتاجاتهم. وذلك مثل أصل وجوب الصلاة والزكاة وصوم رمضان والوفاء بالعقود، والجهاد بحسب الحاجة وقدر الطاقة، ونحو ذلك مما جاءت به النصوص في الكتاب والسنة المتواترة.

ـ **النوع الثاني**: أحكام سكت عنها الكتاب والسنة وتركت للاجتهاد واستنتاج علماء الشريعة، أو جاءت بها نصوص غير قطعية الثبوت أو الدلالة، تحتمل اختلاف آراء العلماء في ثبوتها أو في دلالتها، وهي محل اجتهادهم في فهمها واستنتاج الأحكام منها.

فالفقه الإسلامي ومدوناته تتضمن كلا النوعين هذين. فما قلناه عن الفرق بين الشريعة والفقه منصرف إلى هذا النوع الثاني من الأحكام الفقهية الذي هو استنتاج الفقهاء واجتهادهم في تفسير النصوص المحتملة غير

القطعية الدلالة، أو من أقيستهم، أو ما قرروه بطريق الاستحسان حيث يرون سبباً يقتضي الخروج عن حكم القياس، أو ما قرروه بطريق الاستصلاح والمصالح المرسلة حيث لا نص يحكم في الموضوع، وإنما قرروا فيه الحكم نتيجة للموازنة بين ما فيه من مصلحة أو ضرر، ونحو ذلك من الأحكام الاجتهادية، وهي أكثر ما يتضمنه فقه المذاهب.

فهذا النوع هو الذي من عمل الفقهاء واستنتاجهم، ولا يتمتع بالقدسية التي للنصوص التشريعية، وهو الذي سندرس أدوار تطوره في الباب الثالث التالي، أما النوع الأول فله قدسية النصوص التشريعية نفسها، وثباتها.

البَابُ الثّالِث

أدْوَارُ تَطوُّرِ الفِقْهِ الإِسْلَامِي

وَمميّزاتُه في كُلٍّ منها

يضم هذا الباب فصلاً تمهيدياً هو الفصل التاسع نلقي فيه نظرة عامة على الباب كله، يتبعه فصل مستقل لكل دور من أدوار الفقه الثمانية، بدءاً من الدور الفقهي الأول وهو عصر النبوة، وانتهاءاً بالدور الفقهي الثامن الحالي.

الفصل التاسع

حول توسُّع الفقه الإسلامي
وتطوره وأدواره التاريخية

١/٩ ـ لم يفارق النبي ﷺ هذه الحياة إلا بعد أن تكامل بناء الشريعة بالنص الصريح على الأسس والكليّات فيها، وتقييد النصوص المطلقة، وبيان المجملة، وتخصيص العامة، ونسخ ما أريد نسخه، إلخ...

فاجتهاد الصحابة ومن بعدهم لم يكن تشريعاً؛ وإنما هو تفريع وتطبيق. (ر: كتاب تاريخ التشريع الإسلامي للأساتذة السبكي ورفيقيه، ص/٧).

ولكن النبي ﷺ لم يترك لأصحابه فقهاً مدوَّناً؛ وإنما ترك جملة من الأصول والقواعد الكلية، ومن الأحكام الجزئية والأقضية، مبثوثة في القرآن وفي السنة.

وكان هذا يكاد يكفيهم لو لم يمتد سلطان الإسلام إلى ما وراء الجزيرة العربية، حيث لاقوا أموراً ووقائع وعادات لا عهد لهم بها، فاحتاجوا إلى تنظيمها، وإقامة القواعد لها، وإنزالها المنازل اللائقة بها من أحكام الشريعة ومقاصدها.

وهذا مبدأ تطور الفقه الإسلامي.

وتلك الأسس التي احتواها القرآن كانت أصولاً قابلة لأن تتسع

مفاهيمها، ويتطوَّر فهمها، باتساع الدوائر الفكرية، وعند الحوادث الكبرى التي اتصل فيها الإسلام بأوضاع وثقافات أخرى.

(ر: كتاب «نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي» ص ٥٢ ـ ٥٣).

وهنا فتح العلماء المسلمون بابَ التفكير في المسائل، وأخذت تقننُ في ضوء الدين أمور الحياة العملية. وكان التطور في نظمها نتيجة لعمل الخلفاء والتابعين لهم، بحسب ما تستلزمه الحال[١].

وفي البلدان المفتوحة، على أثر دخول الأمم أفواجاً في الإسلام، قامت حاجة كبرى إلى تعليمهم ما يخفى عليهم، وضبط الأحكام العملية الشرعية وتنسيقها، لتنظيم المعاملات ومعرفة الحقوق.

وقد دعت أيضاً تلك الحروب المتوالية إلى التنظيم والتفريع في حقوق الحرب والمحاربين، وفي الحقوق المدنية والسياسية للشعوب في البلدان المفتوحة على ضوء الأسس الإسلامية[٢].

---

(١) انظر وصية عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري في القضاء عندما ولاه وقد تقدَّم نصها في بحث القياس (ف ٣/٦ الحاشية).

(٢) من أمثلة ذلك في الحقوق المدنية تسويغ التعامل بالخمر والخنزير لأهل الذمة ـ أي غير المسلمين ـ بينما التعامل بهما باطل في حق المسلمين.

وكذلك إقرارهم على ما يدينون في أحوالهم الشخصية وحقوقهم العائلية، كتصحيح أنكحة نسائهم بلا عدة يقضينها على أثر وفاة أزواجهن إذا كان ذلك سائغاً لديهم.

ومن أمثلة حقوق الحرب فتوى الإمام الأوزاعي بعدم جواز قتل الرهائن السياسية إذا خان قومهم العهود مع المسلمين ونقضوا المواثيق، لقوله تعالى في القرآن العظيم: **﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾**، وقد كان المعتاد بين الأمم قتلهم. (انظر مقدمة الأمير شكيب أرسلان لرسالة **«محاسن المساعي في ترجمة الإمام الأوزاعي»** ص/ ١٤ نقلاً عن تاريخ البلاذري).

(**والرهائن السياسية**: أشخاص ذوو مكانة في قومهم يحجزون لدى قوم آخرين ضماناً للوفاء بالعهود بين الفريقين).

ومن أمثلة الحقوق السياسية أيضاً ما روى البلاذري في كتابه **«فتوح البلدان»** (ص٤٢٨) من أنه: «لما ولي الخلافة عمر بن عبد العزيز جاءه وفد من أهل سمرقند، فشكا إليه =

والخلاصة أنه على أثر الحاجات الضرورية التي كانت تظهر تباعاً بصورة تدريجية أخذ الفقه الإسلامي يتطوَّر ويتَّسع أفقه، سواء في ذلك ما يخصُّ الحياة الداخلية، وما يخصُّ الحياة الخارجية للدولة الإسلامية.

وهكذا تطوَّر الفقه في الأزمنة المتوالية، وأخذت الأجيال المتعاقبة في تنميته، حتى أصبح بناء ضخماً هائلاً منظِّماً لكل أنواع المعاملات والعلاقات الإِنسانية تنظيماً دقيقاً.

هذا وصف إجمالي لنشأة الفقه الإِسلامي وتعاظم بنائه، وتباعد آفاقه وأجوائه.

وسنتولى فيما يلي تقسيماً وتفصيلاً للأدوار التاريخية التي تميَّزت في كل منها للفقه الإسلامي خصائص وأطوار.

أدوار تطور الفقه الإسلامي:

٢/٩ ـ إنَّ التتبع التاريخي لحركة الفقه الإسلامي يوحي بتقسيم المراحل التطورية التي مرَّ بها هذا الفقه إلى ثمانية أدوار:

الدور الأول: عصر الرسالة، أي مدة حياة الرسول ﷺ.

الدور الثاني: عصر الخلفاء الراشدين فيما بعده إلى منتصف القرن

= أن قائد الجيش الإسلامي قتيبة بن مسلم دخل بلدتهم غدراً، فكتب إلى عامله أن ينصب لهم قاضياً، فإن قضىٰ القاضي بإخراج المسلمين أُخرجوا، فنصب لهم جميع بن حاضر الباجي فحاكمهم والقائد، وقضى بإخراج الجيش الإسلامي، وأن ينذرهم القائد وينابذهم على سواء، ثم يحاربهم إن أبوا، فكره أهل سمرقند الحرب وأقروا بقاء الجيش».

وبذلك كما ترى قرر عمر بن عبد العزيز مبدأ **إخضاع الجيش والسياسة للقضاء العادي**، أخذاً من قواعد الشرع وكثير من نصوصه، لأن فكرة الحلال والحرام الدينية، واعتبار الحق بالنظر إلى الواقع لا إلى الظاهر، هي صبغة أصلية في التشريع الإسلامي وفقهه كما سبقت الإشارة إليه، وهي معتبرة في نطاق الحقوق الخاصة والعامة على السواء (ر: ف ٢/١ ـ ٣).

الأول الهجري، حيث استتب الأمر للأمويين، ونهج معظمهم بسياستهم الداخلية على وفق أهوائهم في الحكم، لا على وفق الأوامر الشرعية.

وهذان الدوران هما **المرحلة التمهيدية** للفقه الإسلامي.

الدور الثالث: من منتصف القرن الأول إلى أوائل القرن الثاني، حيث استقل علم الفقه وأصبح اختصاصاً ينصرف إليه، وتكوَّنت المدارس الفقهية، أي الاجتهادات المسماة: **المذاهب**.

وهذا الدور هو **المرحلة التأسيسية** في الفقه.

الدور الرابع: من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع حيث بلغ الفقه الأوج في الاجتهاد والتدوين والتفريع المذهبي، وتمَّ فيه وضع علم أصول الفقه، وتكامل.

وهذا الدور هو **دور الكمال** في الفقه الإسلامي.

الدور الخامس: من منتصف القرن الرابع إلى سقوط بغداد في أيدي التتار في منتصف القرن السابع، وفيه نشطت حركة التحرير والتخريج والترجيح في المذاهب.

الدور السادس: من منتصف القرن السابع إلى ظهور **مجلة الأحكام العدلية** التي تم وضعها على يد لجنة من الفقهاء وصدرت الإرادة السنية السلطانية بالعمل بها في ٢٦ شعبان سنة/١٢٩٣/ هـ.

وهذا الدور هو **دور الانحطاط** الفقهي.

الدور السابع: من ظهور المجلة إلى بعيد الحرب العالمية الثانية. أي بعيد منتصف القرن الرابع عشر الهجري (نحو منتصف القرن العشرين الميلادي)، حين انحصر تطبيق المجلة في بضعة بلدان فقط.

الدور الثامن: **الحالي** بدءاً من استقلال كثير من البلدان الإسلامية عن

الاستعمار المباشر بعد الحرب العالمية الثانية إلى اليوم، حيث برزت للعيان صحوة إسلامية متعدِّدة الجوانب، وبخاصة في جانب الفقه.

وسنفرد فيما يلي لكل دور من هذه الأدوار فصلاً إجمالياً، ونشير إلى ما طرأ على حركة الفقه فيه من اتجاهات، وما بَرَز فيه من صفات ومميزات.



الفصل العاشر

الدور الفقهي الأول
عصر النبوة

١/١٠ ـ كانت سلطة التشريع والقضاء والفتيا في هذا الدور بيد الرسول وحده ﷺ، فهو المرجع في كل ذلك.

وفي عهده تكامل بناء الشريعة في استيفاء نصوصها الأساسية كما تقدَّم.

وقد كان لفظ «الفقه» يُطْلَق في عصر النبوة على كل ما يفهم من نصوص الكتاب والسنة، سواء أكان من أمور العقيدة، أو التشريع العملي أو الآداب.

وكان الإسلام في مكة متَّجهاً إلى إصلاح العقيدة ومكافحة الوثنية. أما اتجاهه إلى التشريع العملي فإنما كان في المدينة بعد الهجرة.

ولفظ «الفقه» و «العلم» في هذا العصر كانا مترادفَيْن في العرف الإسلامي، تدل على ذلك أحاديث عديدة.

والفقهاء أو العلماء من صحابة الرسول عليه الصلاة والسلام كانوا يسمون: القراء، جمع «قارىء» وهم حفظة القرآن غيباً، لأنَّ القرآن هو المصدر الأصلي لعلم الشريعة، وقد كانوا يحفظون آياته مع أحكامها[1] فلذا

---

(١) روى الأعمش عن أبي وائل عن ابن مسعود أنه قال: كان الرجل منا إذا تعلم عشرة آيات لم يجاوزهن حتى يعرف معانيهن والعمل بهن.

وقال أبو عبد الرحمن السُّلمي: حدثنا الذين كانوا يقرئوننا أنهم كانوا يستقرئون من النبي ﷺ وكانوا إذا تعلَّموا عشر آيات لم يخلفوها حتى يعملوا بما فيها من العمل، قالوا: فتعلمنا القرآن والعمل جميعاً.

«ر: مقدمة تفسير ابن كثير ١/٣».

كان القرّاء هم علماء الشريعة وفقهاءها.

ولم تكن إذ ذاك فكرة الاختصاص بالانصراف إلى مسائل العلم المستفاد من الكتاب والسنة. بل كانت الجهود بصورة عامة منصرفة إلى الجهاد وإلى العمل. وإنما يأتي العلم في طريقهما من قراءة القرآن واستماع حديث النبي ﷺ، واستيعاب الحوادث التي كان يفتى أو يقضى فيها.

وقد كان الفقه في هذا العصر **واقعياً لا نظرياً**، فإنما كان الناس يبحثون عن حكم الحوادث ويسألون عنها بعد **وقوعها**، أو يتقاضون فيها فتعالج بالحكم الذي تقتضيه الشريعة، ولم تكن الحوادث تفترض افتراضاً.

وقد أسلفنا البيان آنفاً أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام لم يترك لأصحابه فقهاً مدوَّناً، بل جملة من الأصول والقواعد الكلية والأحكام الجزئية مبثوثة في القرآن وفي السنة. لكنها على أكمل ما يتصور مرونة وعموماً واستيعاباً لشتى المفاهيم الكبرى التي يدعمها العقل الصحيح، وتؤيِّدها المصالح الناطقة، وفيها من قابلية التكيُّف في التطبيقات الجزئية على الحوادث الخاصة، والتنقُّل فيها من فهم إلى فهم صحيحين مختلفين، ما يمكن أن يتولَّد منه فقه عجيب السَّعة لا يحد ولا ينضب.

١٠/ ٢ ـ أمثلة هذه القابلية في نصوص القرآن والسنة النبوية.

وإذا أردت إيضاحاً بالأمثلة فانظر إلى هذه الشواهد التالية من الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية، وإلى أمثالها من نصوص الكتاب والسنة:

أ ـ من آيات القرآن:

﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (الإسراء: ١٧/ ١٥)[١].

﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ (النجم: ٥٣/ ٣٩).

---

(١) الرقمان بعد اسم سورة من القرآن أولهما للسورة والثاني للآية فيها، فإذا كان بعد اسم السورة رقم واحد فهو للآية.

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ (المائدة: ٥/ ١).

﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾ (البقرة: ٢/ ١٨٨).

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ (النساء: ٤/ ٢٩).

﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ (النساء: ٤/ ٥٨).

﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ أَشُدَّهُۥۚ وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ (الإسراء: ١٧/ ٣٤).

﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ (البقرة: ٢/ ٢٢٩).

﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ (البقرة: ٢/ ٢٣٣).

﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ (الشورى: ٤٢/ ٤٠).

﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ﴾ (الطلاق: ٦٥/ ٢).

﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ﴾ (البقرة: ٢/ ٢٨٣).

﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ﴾ (البقرة: ٢/ ٢٨٠).

﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ﴾ (البقرة: ٢/ ١٨٥).

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ﴾ (الحج: ٢٢/ ٧٨).

﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ﴾ (البقرة: ٢/ ١٧٣).

إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة الواردة في شتى المقاصد والمناسبات التشريعة.

ب ـ من الحديث النبوي:

«لا ضرر ولا ضرار»[1].

«إنما الأعمال بالنيات»[2].

«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[3].

«إنَّ الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[4].

«العاريَةُ مؤدَّاة، والدَّين مقضيٌّ، والزعيمُ غارم»[5].

---

(١) حديث حسن بطرقه وشواهده. رواه مالك في «الموطأ» ٢/ ٧٤٥ مرسلاً. ورواه موصولاً من حديث أبي سعيد الخدري: الدارقطني ٣/ ٧٧ و ٤/ ٢٢٨، والبيهقي ٦/ ٦٩، والحاكم ٢/ ٥٧ ـ ٥٨. وفي الباب عن ابن عباس، وعن عبادة بن الصامت، وعن أبي هريرة، وعن جابر بن عبد الله، وعن عائشة، وقال ابن الصلاح: ومجموع طرقه يقوي الحديث ويحسنه وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به. وقال أبو داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه عليها (ر: جامع العلوم والحكم ٢/ ٢٠٧ ـ ٢١١).

(٢) رواه البخاري في سبعة مواضع، ومسلم (١٩٠٧)، والترمذي (١٦٤٧) في كتاب الجهاد، وأبو داود (٢٢٠١)، والنسائي (٧٥) في الطهارة، ورواه غيرهم أيضاً عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أصحاب السنن الأربعة (أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، وقال: حسن صحيح، والنسائي في «الكبرى»، وابن ماجه، والحاكم في مستدركه ٢/ ٤٧ ووافقه الذهبي، كلهم من حديث الحسن عن سمرة. والحسن مختلف في سماعه من سمرة (ر: «التلخيص الحبير» ٣/ ٥٣).

(٤) رواه ابن ماجه (٢٠٤٥) بإسناد جيد من حديث ابن عباس، ورواه ابن حبان (٧٢١٩) والحاكم وصححه ٢/ ١٩٨ بلفظ: «تجاوز الله» ووافقه الذهبي على تصحيحه. وهذا الحديث هو التاسع والثلاثون من الأربعين النووية، وقال النووي عقبه: حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي ٧/ ٣٥٦ وغيرهما. وأطال الحافظ ابن رجب في تخريجه (ر: جامع العلوم والحكم ٢/ ٣٦١ ـ ٣٦٥) و (ر: «تحفة الطالب بمعرفة أحاديث ابن الحاجب» للحافظ ابن كثير ص ٢٧١ ـ ٢٧٤).

(٥) الزعيم هو الكفيل أي أن الكفيل يضمن ما كفل.

وهذا الحديث رواه أحمد في مسنده ٥/ ٢٦٧، ٢٩٣ عن أبي أُمامة، ورواه أبو داود في كتاب البيع (٣٥٦٥) مطولاً، والترمذي في البيوع (١٢٦٥) وقال: حسن غريب؛ وابن ماجه في الصدقات (٢٣٩٨)، والحديث بمجموع طرقه صحيح (ر: التلخيص الحبير ٣/ ٤٧، والروض البسام في ترتيب فوائد تمام ٢/ ٣١١).

«الولد للفراش»[١].

«لا وصيَّةَ لوراث»[٢].

«المسلمونَ على شروطهم»[٣].

«من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله تعالى فهو باطلٌ»[٤].

---

(١) رواه البخاري في عشرة مواضع، ومسلم ٢/ ١٠٨٠ عن عائشة، والحديث متواتر، رواه عن النبي ﷺ بضعة وعشرون صحابياً.
(ر: فتح الباري ١٢/ ٣٩، والأزهار المتناثرة للسيوطي ص ٢١٩).
ومعنى هذا الحديث: أنَّ الولد ينسب للرجل الذي بينه وبين المرأة الوالدة فراش مشروع زوجاً كان أو سيداً.
والفراش كناية عن صلة الاستمتاع الجنسي المشروع بين الرجل والمرأة. فهذه الصلة تكفي لإلحاق النسب بالرجل دون البحث عن الحقيقة.

(٢) رواه أحمد ٥/ ٢٦٧، وأبو داود في البيوع (٢٨٧٠)، والترمذي في الوصايا (٢١٢٠)، وابن ماجه في الوصايا (٢٧١٣)، من حديث أبي أمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».
وهذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة منهم: علي، وأبو أمامة، وابن عباس، وابن عمرو، وابن عمر، وجابر، وزيد بن أرقم، والبراء، ومعقل بن يسار، وخارجة بن عمرو.
وقال الحافظ في «الفتح» ٥/ ٢٧٢ بعد ما ذكر طرق الحديث: «لا يخلو إسناد كل منها عن مقال، لكن مجموعها يقتضي أن للحديث أصلاً، بل جنح الشافعي في «الأم» إلى أن هذا المتن متواتر، فقال: وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازي من قريش وغيرهم لا يختلفون في أن النبي ﷺ قال عام الفتح: «لا وصية لوارث» ويأثرون عمن حفظوه عنه ممن لقوة من أهل العلم، فكان نقل كافة عن كافة، فهو أقوى من نقل واحد».
(ر: التلخيص الحبير ٣/ ٩٢، والروض البسام في ترتيب فوائد تمام ٢/ ٣٤١ ـ ٣٤٥).

(٣) رواه أبو داود (٣٥٩٤) في الأقضية، والترمذي (١٣٥٢) في الأحكام وقال: حسن صحيح. وقد علقه البخاري جازماً به، فقال في الإجارة ٤/ ٤٥١ وقال النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» فهو صحيح على ما تقرر في علوم الحديث (ر: ف ٤٢/ ١٧).

(٤) رواه البخاري (٥/ ٣٢٦ فتح الباري ـ ط السلفية)، ومسلم (١٥٠٤)، والترمذي (٢١٢٤)، وأبو داود (٣٩٢٩)، والنسائي (٤٦٥٥) وانظر روايات الحديث في جامع الأصول ٨/ ٩٤ ـ ٩٨.
=

«الشُّفْعَة كحل العقال»[1].

«لا طلاقَ في إِغلاق»[2].

«البيِّنَةُ على المدَّعي واليمينُ على مَنْ أنكر»[3].

= والمراد بما ليس في كتاب الله ما يتضمن مخالفة لأسس الشريعة التي قررها القرآن. فالتعاقد على ذلك واشتراطه باطل، كما يعتبر اليوم في النظريات القانونية الحقوقية التعاقد على ما يخالف النظام العام والآداب العامة أو يخالف النصوص القانونية باطلاً.

ونظيره قول عمر المتقدم في وصيته القضائية لأبي موسى الأشعري: **«الصلح جائز إلا صلحاً أحلَّ حراماً، أو حرَّم حلالاً»**. (ر: ف ٣/٦ الحاشية).

فكتاب الله هنا ليس معناه القرآن، بل معناه: ما كتبه الله وأوجبه، أي شريعته التي شرعها. فالكتاب هنا مصدر بمعنى اسم المفعول، أي المكتوب بمعنى المفروض، كما في قوله تعالى في القرآن: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَٰبًا مَّوْقُوتًا﴾.

(١) الشفعة هي حق أولوية ممنوح للشريك في العقار يخوِّله رجحاناً في شراء حصة شريكه الآخر إن أراد هذا بيعها لشخص أجنبي.

ومعنى الحديث أنَّ الأخذ بالشفعة يجب فيه على الشريك الشفيع سرعة الطلب فور علمه بالبيع كسرعة الإنسان في حل عقال البعير بجذب رأس عقدته، وهي في العادة عقدة انشوطة تحل بجذب طرف الحبل المعقود.

(ر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٢٠ آخر المسألة الثانية من الركن الرابع في الأخذ بالشفعة).

وهذا الحديث لم يبلغ سنده رتبة الصحة، فقد رواه ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبيهقي ٦/ ١٠٨ من حديث ابن عمر. وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» ٣/ ٥٦ بعد أن عزاه لابن ماجه والبزار: «إسناده ضعيف جداً. وقال ابن حبان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت»، وقد احتج به الفقهاء على لزوم تحديد مدة قصيرة لطلب الأخذ بالشفعة كيلا يتضرر المشتري من الشريك بطول الانتظار.

(٢) اختلف العلماء في تفسير **الإغلاق**: فمنهم من فسَّره بالإكراه، ومنهم من فسَّره بالغضب الشديد الذي يفقد البصيرة بالعواقب، ومنهم من فسَّره تفسيراً أعم بكل ما يغلق على الإنسان إرادته وبصيرته من إكراه أو غضب أو نحوهما مما يؤثِّر في طبيعة التصور أو التبصُّر أو الاختيار، وهو التفسير الأوجه.

والحديث رواه أحمد في مسنده ٦/ ٢٧٦، وأبو داود (٢١٩٣) في الطلاق، وابن ماجه (٢٠٤٦) والحاكم في المستدرك ٢/ ١٩٨ وأبو يعلى والبيهقي (٧: ٣٥٧) عن عائشة، واختلفوا في صحته وضعفه. (ر: التلخيص الحبير ٣/ ٢١٠).

(٣) رواه البيهقي في السنن ١٠/ ٢٥٢ عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: «اليمين على المدَّعى عليه».

ورواه الترمذي (١٣٤١) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، والدارقطني وإسناده ضعيف كما قال الحافظ ٤/ ٢٠٨ في «التلخيص»، ولم تبلغ روايته درجة الصحة، =

إلى غير ذلك من أحاديث الأحكام الجليلة الجزيلة.

١٠/٣ ـ فالناظر المتأمِّلُ في أمثال هذه النصوص التي هي دساتير في أفكارها، مواقير[1] في أثمارها، يستطيع أن يتبيَّن مدى ما يمكن أن تعطيه في التطبيقات الجزئية والتفريعات الفقهية العملية من أحكام وأفهام مختلفة، ضمن حدود النظر الصحيح المعقول.

فحديث: **«الشفعة كحل العقال»** مثلاً يصلح أساساً لفكرة **التقادم** (مرور الزمن) وتحديد المدة للمطالبة ببعض الحقوق، ولاستعمال بعض الخيارات العَقدية كخيار الرؤية والعيب، ولمراجعة بعض الدرجات القضائية للاعتراض على الأحكام البدائية عندما تؤسس المحاكم على درجات كما في زماننا اليوم مما تقضي المصلحة تحديد مدة له تحت طائلة سقوط حق المطالبة القضائية عند إهمالها في المدة المحددة.

وقد بيَّنا سابقاً من أسلوب القرآن الكريم في بيان شرائع الأحكام أنه يضع الأسس، وينصب القواعد الكليَّة، ويجمل الأوامر ولا يتناول فروع الأحكام وتفصيل جزئياتها إلا قليلاً في بعض المسائل.

فهذه الكليَّات الأساسية والقواعد الصحيحة التي يقوم عليها بنيان العدل في الحياة الاجتماعية هي في الغالب دائماً فوق متناول الاختلافات النظرية الفرعية في جميع البيئات، لأنها تَتَّصل بالفطرة والإِدراك الإِنساني، فجاء القرآن كاشفاً عن قضاياها الثابتة فكان صالحاً لكل زمان ومكان. ولأنه لم يخض في التفصيلات كانت آيات الأحكام على قلتها دستورية شاملة جامعة ترجع إليها كل أحكام الشريعة وتفاصيلها.

ولذلك كان القرآن الكريم عند علماء الشريعة الإِسلامية هو الحجَّة

= ولكن يشهد له الواقع العملي في أقضية الرسول والصحابة.

وقال في «الفتح» ٥/ ٢٨٢ في كتاب الشهادات: وهذه الزيادة (أي: البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ليست في الصحيحين، وإسنادها حسن.

(١) الشجر المواقير: هي التي أوقرها الثمر من كثرته، أي أثقلها حمله.

الكبرى والمرجع الأول؛ بل عدَّه بعض الفقهاء المصدر الوحيد للأحكام الشرعية، وما غيره من المصادر إلا تفصيلٌ لمجمله أو توضيح له أو تخريج على أصوله أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متماسكة متساندة كما تقدَّم.

(ر: ف ٣/ ٢ و ٦/ ٦ ومقدمة كتاب «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية» للأستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ص ٨ ـ ٩).

الفصل الحادي عشر

الدور الفقهي الثاني
عصر الخلفاء الراشدين
فما بعده إلى منتصف القرن الأول

١١/١ ـ قد انتقلت في هذا الدور حال علماء الصحابة من طور إلى طور.

فهم في حياة الرسول ﷺ كان شأنهم تلقياً عنه ووعياً لما يلقيه إليهم. فلم تكن بهم حاجة إلى إعمال الفكر في تفهم الأحكام المحتاجة إلى تبصر ونظر ذلك الإعمال المسمى بالاجتهاد، لأنَّ حمل هذا العبء الفكري مع احتمال الصواب والخطأ فيه لا معنى له مع وجود من إليه المرجع في كل شؤون الشريعة وأحكامها.

فشأنهم في حياة الرسول استماع واتباع واستفتاء منه فيما يشكل عليهم، وبتعبير آخر: اعتماد على الرسول في الفهم والتوجيه في كل شيء.

أما بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فقد انتقلوا فجأةً من طور **الاعتماد** إلى طَوْر **الاجتهاد**، لزوال ذلك المرجع، وحلول مخلَّفاته الدستورية ـ القرآن والسنة ـ محل بياناته الشفهية. فتولَّدت في ذلك الحين ضرورة إلى الاجتهاد لا مناص منها تجاه طوارىء الحوادث، ولا حدود ولا أمد لها.

فالمسلمون بعد وفاة النبي عليه الصلاة والسلام قد انسابوا فاتحين في ملك كسرى وقيصر، لتحطيم الحواجز التي أقامها الملوك في وجه دعوة الإسلام ورسالته الإِصلاحية في الأرض، فكانت تحت حكم المسلمين أمم ذات حضارات عريقة في مصر وفارس وسورية ثم شمال إفريقيَّة، وماجت

المدن الإسلامية الكبرى بأمشاج من الأمم وعناصر مختلفة الأجناس، فكان لا بد إذن من أن يجدَّ في شؤون الاجتماع والسياسة أحداث تستدعي النظر فيما يصلح لها من الحلول الفقهية، وأن يحتاج المسلمون إلى نظم وأحكام من روح الإسلام لم يكن في عهد الرسول ما يضطرهم إليها، ويدفعهم إلى التفكير فيها.

لذلك كان لا بد لصحابة الرسول عليه الصلاة والسلام من الاجتهاد في حلول تلك الأمور المعقَّدة التي تعرض لهم.

وقد كانت طريقتهم في اجتهادهم هذا أن يلجؤوا إلى كتاب الله، فإن وجدوا فيه الحكم فيما يريدون تمسكوا به، وإن لم يجدوه اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله ﷺ، واستثاروا ذاكرات أصحابه فيما يحفظون عنه من حكم في القضية. فإن لم يكن بينهم من يحفظ حديثاً عن رسول الله في الموضوع التجؤوا إلى استعمال «الرأي» فاجتهدوا بآرائهم وحكموا أفهامهم فيما يرونه أشبه بالمعروف من مقاصد الشريعة وقواعدها في إقامة العدل، واستقامة المصالح التي أوضحت سبلها.

ومثلهم في ذلك مثل القاضي المقيَّد بنصوص قانون، فإذا لم يجد في النص ما يحكم به في قضية بين يديه طبق ما يراه عدلاً وانصافاً أقرب إلى غرض الشارع.

٢/١١ ـ معنى الرأي:

وقد أوضح ابن القيم في كتابه «إعلام الموقعين» (١/ ٧٦) معنى «الرأي» الفقهي على حد ما كان يفهمه الصحابة، فأفاد أنَّ الرأي هو:

«ما يراه القلب بعد فكر وتأمُّل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات».

والرأي بهذا المعنى أوسع من مفهوم القياس الفقهي الخاص، وهو «إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة مشتركة جامعة بينهما» لأنَّ الرأي بهذا المعنى يشمل القياس المذكور، ويشمل أيضاً الاستحسان والاستصلاح اللذين تقدم بيانهما في بحث المصادر التبعية.

وقد قَسَّم ابنُ القيم هذا الرأي إلى صحيح وباطل ومشتبه، وميَّز بين هذه الأقسام، ونَزَّل عليها بالتوزيع ما ورد عن الصحابة من ذمِّ الرأي تارة، والعمل به تارة أخرى.

غير أنَّ منهاج الفقه في هذا العصر الثاني لم يتبدَّل عن سابقه، فقد ظل الفقه، كما كان في عصر الرسالة، واقعياً وعملياً تعالج فيه الحوادث بالتماس أحكامها بعد وقوعها، على وفق ما ترشد إليه نصوص الكتاب والسنة، وتوحي بفهمه المصالح الإسلامية التي رعاها الشارع.

١١/ ٣ ـ والشيء البارز الذي يتميَّز به هذا العصر يتعلَّق بمصادر الفقه أكثر مما يتعلق بالفقه نفسه، وهو أمران:

الأول: استعمال الرأي والقياس بصورة بارزة في استخراج الأحكام لما لم يسبق من الحوادث بسبب مواجهة الاجتهاد.

وقد كان الاجتهاد والرأي في حياة الرسول عليه الصلاة والسلام لا يمارسه الصحابة إلا قليلاً وموقتاً كما سبق بيانه.

والثاني: تولُّد الإجماع، إذ كان منهاج الخليفتين الأولين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما جمع الصحابة في الحوادث، واستفتاءهم، والعمل بما يتفقون عليه كما تقدم.

١١/ ٤ ـ منهاج اجتهادات عمر بن الخطاب البارزة في هذا العصر.

وقد تميز هذ العصر أيضاً باجتهادات بارزة للخليفة الثاني عمر بن الخطاب في حوادث معينة تجلَّت فيها لهذا الخليفة العظيم عبقرية فقهية تصلح أن تكون دستوراً لمنهاج الفقه الواقعي. فمن ذلك:

١ ـ منعه عن الأشخاص المؤلفة قلوبهم من الموجودين في عهده ما كانوا يتناولونه من بيت المال من عطاء راتب مع أنَّ سهم المؤلفة قلوبهم في العطاء مقرَّرٌ بنص القرآن، وقد كان هؤلاء الأشخاص يأخذون بهذا العنوان منذ عهد الرسول عليه الصلاة والسلام.

لكنَّ عمر نظر إلى علة النص لا إلى ظاهره، فقد كانتَ علَّةُ إعطائهم

تأليفهم لاتقاء شرهم عندما كان الإسلام ضعيفاً. فلما قويت شوكة الإسلام زال الداعي إلى إعطائهم. والقرآن لا يوجب إعطاء أشخاص بأعيانهم وأسمائهم من هذا السهم[1].

---

(١) ليس معنى ذلك أن عمر رضي الله عنه قد أبطل أو عطّل نصاً قرآنياً آمراً، ولكنه رأى أنَّ أولئك الأشخاص الذين كانوا يعدون من المؤلفة قلوبهم ويعطيهم النبي ﷺ هذا السهم من بيت المال لاحتياج دعوة الإسلام إلى ترغيبهم وتأييدهم وتأليف قلوبهم لم يبق للإسلام حاجة في شراء تأييدهم بالمال بعد أن استتب له الأمر، وأصبحوا هم في حاجة إلى الاعتزاز به.

فهو إنما حَبَس العطاء عن هؤلاء الأشخاص بأعيانهم؛ أما سهم التأليف والترغيب فحكمه في القرآن باق لم يتوقف.

فإذا تجدَّدت للأمة حاجة في زمان أو مكان آخر إلى تأليف القلوب، أو تأليب القوى لدفع عدو، أو ترغيب من لا ترغبه الفضائل السامية كما يرغبه المال، فإنه يعطى من هذا السهم المرصود لهذه الحاجة، كشأن النفقات التي تخصصها الدول اليوم في ميزانياتها لأجل الدعاية السياسية. فإذا انقضت حاجة الدعاية في مكان أو في فئة لا يسوغ عندئذ صرف المال إلى من لا تحتاج الدعاية إليه، بل يوفَّر المال على خزينة الدولة ريثما تتجدَّد الحاجة. وقد يتغيَّر وجه الحاجة بين عصر وعصر، فيستغنى عن إعطاء أشخاص كانوا يعطون لوجاهتهم ونفوذهم كما كان في الماضي، ويحتاج إلى إعطاء أرباب الصحف، أو إنشاء مجلات دعاية، أو محطة إذاعة لاسلكية، كما في عصرنا اليوم.

قال الإمام أبو عبيد القاسم بن سلاَّم في كتابه «الأموال» بمناسبة ما اشترطه النبيُّ عليه الصلاة والسلام لبني ثقيف أهل الطائف عند دخولهم في الإسلام ما نصه: «وفيه أنه شرط لهم شروطاً عند إسلامهم خاصة لهم دون الناس، مثل تحريمه واديهم، وأن لا يدخله أحد يغلبهم عليه، وأن لا يؤمَّر عليهم إلا بعضهم.

وهذا مما قلت لك: إنَّ الإمام ناظر للإسلام وأهله، فإذا خاف من عدو غلبة لا يقدر على دفعهم إلا بعطية يردهم بها فعل، كالذي صنع النبي ﷺ بالأحزاب يوم الخندق. وكذلك لو أبوا أن يسلموا إلا على شيء يجعله لهم، وكان في إسلامهم عِزٌّ للإسلام، ولم يأمن معرتهم وبأسهم أعطاهم ذلك ليتألفهم به، كما فعل رسول الله ﷺ بالمؤلفة قلوبهم إلى أن يرغبوا في الإسلام، وتحسن فيه نيتهم.

وإنما يجوز من هذا ما لم يكن فيه نقض للكتاب ولا للسنة.

يبين ذلك أنَّ رسول الله ﷺ لم يجعل لهم فيما أعطاهم تحليل الربا، ألا تراه قد شَرَط عليهم أن لهم رؤوس أموالهم؟». (الأموال، ١/١٩٣ ـ ١٩٤ الطبعة الأولى بمطبعة الحجازي بالقاهرة).

٢ ـ وكذا اجتهاد عمر في وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين في عام المجاعة المسمى: «عام الرَّمادة»؛ واكتفائه بتعزير السارق بدلاً من قطع يده. وهذا من عمر ليس تعطيلاً لحد السرقة الشرعي، بل هو اجتهاد حكيم منه في تطبيق شرائط هذه العقوبة، لأنَّ من شرائطها شرعاً أن لا يكون السارق مضطراً إلى السرقة اضطراراً. فقد اعتبر عمر في ذلك شبهة عامة في أنهم كانوا يسرقون عن ضرورة ملجئة، وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام: **«ادرؤوا الحدود بالشبهات»**[1].

٣ ـ وكذلك إطلاقه النكاح لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقده دون انتظار تحقق وفاته أو موت لداته ـ أي أقرانه في العمر ـ كما سلف ذكره في بحث المصالح المرسلة. (ر: ف ٥/١٢).

٤ ـ وكذلك اجتهاد عمر في منع تقسيم أراضي سواد العراق وأراضي مصر على المجاهدين الفاتحين لها الذين طالبوا بتقسيمها بينهم كما تقسم الغنائم الحربية بعد تخميسها، محتجين بظواهر بعض نصوص القرآن والسنة في حقوق المجاهدين الغانمين في الغنيمة؛ فإنهم أرادوا اعتبار أراضي البلاد المفتوحة كالغنائم الحربية توزَّع على الجيش الفاتح.

وقد ذهب عمر إلى خلاف رأيهم، فاعتبر الأراضي من الفيء الذي تتعلَّق به حقوق المسلمين عامة حاضرهم وآتيهم، رعاية لمصلحة الأجيال

---

(١) روي من حديث عائشة، ومن حديث علي، ومن حديث أبي هريرة، أما حديث عائشة فأخرجه الترمذي (١٤٢٤) في الحدود، بلفظ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة» وضعّف رفعه. وأخرجه الحاكم في المستدرك ٤/ ٣٨٤، وقال: صحيح الإسناد، وتعقبه الذهبي.

وأما حديث علي فأخرجه الدارقطني ٣/ ٨٤، وأما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن ماجه (٢٥٤٥) بلفظ: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً».

وأخرجه ابن عدي في جزء له عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: «ادرؤوا الحدود بالشبهات وأقيلوا الكرام عثراتهم إلا في حد من حدود الله» (ر:ف ٤٩/٤).

وحقوقها في بيت المال، وفقاً لما ينبىء به النظر السديد إلى مجموع النصوص القرآنية لا إلى بعضها دون بعض.

فأبقى عمر الأرضين لأهليها، وطرح عليها ضريبة الخراج؛ لأنَّ ذلك أصلح لإحيائها، وأعم وأدوم لنفعها وريعها[1].

هذا، وإنَّ عمر هو أول من أنشأ منصب القضاء مستقلاً عن غيره من الأعمال، وكان قبل ذلك تابعاً لولاية الأمراء والعمال، ومن جملة وظائفهم.

وإنَّ طريقة عمر الفقهية كانت حجة خالدة لمدرسة «**أهل الرأي**» في العراق من فقهاء الطبقات التالية التي سيأتي ذكرها، فقد تأثَّر هؤلاء بفقه ابن مسعود في الكوفة، وكان هو يسير على طريقة عمر رضي الله عنهما.

(١) فصّلنا اجتهاد عمر في شأن الأراضي المفتوحة في الملحق بهذا الفصل.

ملحق بالفصل الحادي عشر

اجتهاد عمر في شأن
الأراضي المفتوحة

١١/ ٥ ـ بينا في الفصل/ ١١/ أنّ اجتهاد عمر رضي الله عنه كان عدم تقسيم أراضي سواد العراق وأراضي مصر على الفاتحين كما تقسم الغنائم الحربية. وفيما يلي بيان ذلك:

لقد وردت آية الغنائم في سورة الأنفال تقول: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ (٨/ ٤١).

فعينّت الآية مصرف الخمس من الغنائم الحربية لجهات عامة، وبيّنت السنة بفعل النبي عليه الصلاة والسلام كيفية توزيع الباقي بين الغانمين.

ثم جاءت آية الفيء في سورة الحشر تقول:

﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ كَىْ لَا يَكُونَ دُولَةًۢ بَيْنَ ٱلْأَغْنِيَآءِ مِنكُمْ ۚ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ * لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَـٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِمْ . . . * وَٱلَّذِينَ تَبَوَّءُو ٱلدَّارَ وَٱلْإِيمَـٰنَ مِن قَبْلِهِمْ . . . * وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ . . .﴾.

فأفادت هذه الآية أنّ الفيء يفيد منه جميع المسلمين حاضرهم وآتيهم ولا يختص بالمجاهدين الفاتحين، بل يوضع في بيت المال.

والفرق بين الغنيمة والفيء في الاصطلاح الشرعي أنَّ الغنيمة ما استخلصت من العدو المحارب بقوة السلاح، والفيء ما تركه الأعداء عن رعب، أو أدوه عن قهر وغلبة، ولم يؤخذ منهم بإيجاف الخيل وصولة الجيش في المعارك الحربية. فيشمل الفيء الضرائب التي تفرض عليهم كالجزية على الأشخاص، والخراج على الأراضي.

وقد ثبت في السنة أنه عندما فتح النبي عليه الصلاة والسلام خيبر ـ وقد فتحت عنوة لا صلحاً، ونزل أهلها المحاربون على حكم الجلاء ـ عُدَّت أراضيها من الفيء وعزل النبي نصفها، (وقيل خمسها)، فتركه للنوائب والنوازل، وقسم الباقي بين الفاتحين.

فلما فتح سواد العراق في خلافة عمر طالب الفاتحون بتقسيم أراضيه بينهم كالغنائم، وكان رأي عمر عدم جواز تقسيمها، فجمع الناس واستشارهم. فكان رأي عامتهم تقسيمها، إلا علياً وعثمان وطلحة ومعاذ بن جبل، فقد كان رأيهم كرأي عمر. وقال له معاذ:

«إنك إن قسمتها صار الريع العظيم في أيدي هؤلاء القوم. ثم يبيدون فيصير ذلك **إلى الرجل الواحد أو المرأة**، ثم يأتي من بعدهم قوم يسدون من الإسلام مسدّاً ـ أي يكون لهم في الإسلام بلاء حسن ونفع ـ وهم لا يجدون شيئاً، فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم».

فألحَّ الفاتحون في طلب تقسيم الأرضين عليهم بعد تخميسها، بحجة ما فعل النبي ﷺ بخيبر، وامتنع عمر عن تقسيمها، فرأى أنَّ البلاد المحيطة قد تمَّ فتحها، وأنَّ الأراضي فيء فلا يستحق الفاتحون ملك أعيانها، بل للإمام النظر فيها بما هو أصلح لإحيائها وأدوم نفعاً لجماعة المسلمين، وإنما قسم النبي عليه الصلاة والسلام ما قسمه من أرض خيبر إذ رأى المصلحة في ذلك لحاجتهم حينذاك إلى الأرض.

فمكثوا يتناقشون أياماً حتى قال عمر: وجدت الحجة عليهم بآخر آية الحشر إذ قالت في بيان من يستحقون من الفيء: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ

بَعۡدِهِمۡ﴾. فقال عمر: «ما أرى هذه الآية إلا قد عمَّت الخلق كلهم حتى الراعي بكَداء» (كداء «وزان سماء»: اسم جبل بأعلى مكة). ثم قال لهم عمر:

«تريدون أن يأتي آخر الناس ليس لهم شيء، فما لمن بعدكم؟ ولولا آخر الناس ما فتحت قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر».

فقرَّر عمر أن تبقى الأراضي والأنهار لأهلها وعمالها، وأن يفرض عليها الخراج.

ثم أمر أن يفعل كذلك بأراضي مصر لما وقع فيها نظير هذا الخلاف بين الزبير بن العوام وعمرو بن العاص أمير مصر (ر: كتاب الأموال للإمام أبي عبيد القاسم ابن سلام، الفقرات/ ١٤١ ـ ١٥٣/ ، وكتاب الخراج لأبي يوسف، وفتح الباري، ٦/١٣٨، وأحكام القرآن لأبي بكر الجصاص في سورة الحشر).

ومن الواضح أنَّ هذا الاتجاه الحكيم من عمر في التمييز بين الغنائم الحربية المنقولة وبين الأراضي إنما كان تمسُّكاً بدلائل النصوص، وجمعاً بينها، وإعمالاً لكل منها بتنزيله على منزله الذي يرشد إليه النظر الجامع السديد، لا كما يوهمه كلام بعض المتوهمين اليوم من أنَّ عمر خالف في هذه القضية نصوص الشريعة، ويعدون هذه المخالفة بزعمهم عبقرية اجتهادية! فقد رأيت بما نقلناه أنَّ عمر كانت حجته النص القرآني نفسه الذي أفحم به مخالفيه، وأثبت رجحان فهمه فيه، وكان على رأيه كبار فقهاء الصحابة كعلي ومعاذ رضي الله عنهم.

ومن هنا اختلفت الاجتهادات في حكم الأراضي التي يفتحها الجيش الإسلامي عنوة على ثلاثة مذاهب:

مذهب يرى أنها تقسم بعد الخمس على الجيش الفاتح كالغنائم المنقولة، وإلى هذا ذهب الاجتهاد الشافعي.

ـ ومذهب يرى أنها تكون وقفاً حبيساً على جميع المسلمين، فتوضع ثمرتها في بيت المال وتصرف إلى مصالحهم وحاجاتهم العامة. وإلى هذا ذهب الاجتهاد المالكي.

ـ ومذهب يرى أنَّ أمرها يعود إلى نظر الإمام وتقديره بحسب ما يرى من الحاجة والمصلحة: فإن شاء عَزَل منها الخمس أو أكثر منه لبيت المال، وقسم الباقي على الفاتحين، كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام بأرض خيبر، وإن شاء ترك الأرضين لأهلها وطرح عليها ضريبة الخراج، كما فعل عمر بسواد العراق ومصر. وإلى هذا ذهب الاجتهاد الحنفي. (ر: الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام الفقرة / ١٤٩ و ١٥٣، وبداية المجتهد لابن رشد ١/ ٣٢٤، ورد المحتار، ج ٣ باب المغنم وقسمته).

تنبيه هام:

هذا، ولا يخفى أنَّ القرآن لم ينص على وجوب توزيع الغنائم الحربية حتى المنقولة منها بين المجاهدين الفاتحين، وإنما نصَّت آية الأنفال على مصارف معينة لخمس الغنائم.

وتوزيع الأخماس الأربعة الباقية على الغانمين إنما جاءت به السنة. وهذا النوع من السنة يعد ـ بحسب قواعد الشريعة ـ **من السياسة الشرعية** والتدابير المصلحية التي يفعلها النبي عليه الصلاة والسلام بصفة ولايته العامة في الحكم والإدارة لا بصفة النبوة والتشريع، فلا تفيد حقاً تشريعياً ثابتاً لا يتبدل كحكم النبي عليه الصلاة والسلام للجدة بفريضة السدس في الميراث، بل إنَّ لكل من يخلف النبي عليه الصلاة والسلام في هذه الولاية العامة أن يلجأ إلى تدبير آخر عند الحاجة كما كان ذلك ممكناً للنبي نفسه ﷺ.

فإذا تبدَّلت الظروف واقتضت الحاجة نظاماً آخر للجندية تقوم فيه حقوق الجيش المجاهد لا على اقتسام الغنيمة، بل على أساس إعاشة ووظائف مالية مرتَّبة للجند، وتكون الغنائم الحربية كلها للدولة ولا حق فيها

للمقاتلين، كما في زماننا وأنظمتنا اليوم، فذلك سائغٌ شرعاً، وهو من قبيل الاستصلاح في شؤون الإدارة العامة (ر: ف ٥/٩).

غير أنَّ نظام توزيع الغنائم كان في صدر الإسلام هو التدبير الممكن من الوجهة المالية، وهو الأصلح أيضاً لسياسة الجهاد بالنسبة إلى العرب في ذلك الزمن من الوجهة العرفية.

الفصل الثاني عشر

الدور الفقهي الثالث

من منتصف القرن الأول إلى أوائل القرن الثاني

١٢/ ١ ـ هذا الدور كان فاتحة عهد تأسيسي للفقه الإسلامي.

فقد رأينا أنَّ علماء الصحابة في أوائل خلافة الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضي الله عنه تفرَّقوا في الأقطار، واستوطنوا مختلف الأمصار، بعد أن كان عمر لا يمكِّنُهم أن يَبْرحوا المدينة لكي يستشيرهم في النوازل.

وقد حمل هؤلاء الصحابة إلى مواطنهم الجديدة في الحجاز واليمن والعراق ومصر والشام حديث رسول الله ﷺ وأحكام الشريعة، وتخرَّج على أيديهم طبقة التابعين في مختلف البلدان.

وقال ابن القيم: «الفقه انتشر في الأمة عن أصحاب ابن مسعود بالعراق، وأصحاب زيد بن ثابت وابن عمر بالمدينة، وأصحاب ابن عباس بمكة» (إعلام الموقعين لابن القيّم، ١/ ٢٣).

وكان لكبار الصحابة كعمر وعثمان وابن مسعود وعلي ومعاذ رضي الله عنهم أثر توجيهي، فتكوَّنت تبعاً لشخصياتهم واجتهاداتهم مدارس[١] الفقهاء المختلفة في البلدان على أيدي تلاميذهم من التابعين الذين أصبحوا قادة تلك المدارس وأئمتها، كسعيد بن المسيِّب في المدينة،

---

(١) في الاصطلاح العصري يراد بالمدرسة في هذا المقام الجماعة الذين يصدرون عن نظرية أو مذهب واحد علمي أو فلسفي، وقد يراد بها المذهب نفسه.

وعطاء بن أبي رباح في مكة، وإبراهيم النَّخَعي في الكوفة، والحسن البصري في البصرة، ومكحول في الشام، وطاووس في اليمن.

فبهؤلاء وأمثالهم ومن تلاهم من تابعي التابعين دارت عجلة الفقه دورتها المذهبية. وكان كل منهم متأثراً بفقه من لازمه من الصحابة وطريقته الاجتهادية.

٢/١٢ ـ نشوء مدرستي أهل الحديث وأهل الرأي:

وكان أهم تلك المدارس: مدرستا المدينة والكوفة، أي مدرستا الحجاز والعراق.

إنَّ المتتبع للحركة الفقهية منذ عهد الخلفاء الراشدين يبدو له أنَّ البذرة الأولى التي نَبَتَت منها المدارس الفقهية ثم تكوَّنت المذاهب كانت ظهور اتجاهَيْن بين الصحابة في فهم النصوص التشريعية. هذان الاتجاهان هما:

أ ـ الوقوف في فهم النص وتفسيره وتطبيقه عند حدوده المبيَّنة فيه، دون نظر في علته وبواعثه والظروف التي وَرَدَ فيها، ومعرفة غرض الشارع فيها، ولا سيما نصوص الحديث النبوي التي تناولت أموراً معيَّنة بخصوصها ولم تقتصر على العموميات، بينما نصوص القرآن تغلب فيها العموميات الدستورية.

ب ـ أو إعمال الرأي والبحث عن علَّة النص وحكمته، وغرض الشارع منه لتطبيقه بالصورة التي يتحقق فيها ذلك الغرض، في ظل المقاصد العامة للشريعة، باعتبار أنَّ الشريعة إنما جاءت لإقامة مصالح الحياة البشرية على أكمل وجه، واجتناب مفاسدها، كما نبه إليه القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة ٢/ ٢٢٠]. فأحكامها ـ فيما سوى العبادات المحضة ـ من أوامر ونواه، حتى في الجزئيات التفصيلية، معلَّلة بالمصالح والمفاسد. أما التعبديات المحضة مثل كون

فريضة صلاة الصبح ركعتين، وصلاة الظهر أربع ركعات فلا مجال للبحث عن عللها.

فبعض الصحابة ظهر منهم الميل إلى الاتجاه الأول تحرُّجاً من أن يخطئوا تطبيق أوامر الرسول ﷺ ونواهيه. وبعض آخر ـ ولا سيما الذين عهد إليهم بحمل المسؤوليات ـ ظهر منهم الميل إلى الاتجاه الثاني.

٣/١٢ ـ قال العلاَّمة الشيخ محمد الخضري بك في كتابه القيم «تاريخ التشريع الإسلامي»:

«إنَّ كبار الصحابة كانوا في العصر الأول يستندون في فتاواهم إلى الكتاب، ثم إلى السنة فإن أعجزهم ذلك أفتوا بالرأي وهو القياس بأوسع معانيه، ولم يكونوا يميلون إلى التوسُّع في الأخذ بالرأي. لذلك أُثِرَ عنهم ذم الرأي. وقد بيَّنا فيما مضى: ما الرأي المعمول به، وما الرأي المذموم؟

ولما جاء هذا الخلف (من بعدهم) وُجِدَ منهم من يقف في الفتوى على الحديث ولا يتعداهَ، فيفتي في كل مسألة بما يجده من ذلك (في الحديث النبوي)، وليست هناك روابط تربط المسائل بعضها ببعض.

وَوُجِدَ فريقٌ آخر يرى أنَّ الشريعة معقولة المعاني ولها أَصول يرجع إليها، فكانوا لا يخالفون الأولين في العمل بالكتاب والسنة ما وجدوا إلى ذلك سبيلاً. ولكنهم، لاقتناعهم بمعقولية الشريعة وابتنائها على أصول محكمة مفهومة من الكتاب والسنة، كانوا لا يحجمون عن الفتوى بما يرونه أقرب إلى مقاصد الشريعة فيما لم يجدوا فيه نصاً، وفوق ذلك كانوا يحبون معرفة العلل والغايات التي من أجلها شُرِعت الأحكام. وربما ردوا بعض أحاديث لمخالفتها أصول الشريعة، ولا سيما إذا عارضتها أحاديث نبوية أخرى.

وقد كان أكثر ظهور هذا المبدأ في أهل العراق، فكان أكثر فقهاء العراق أهل رأي، وكان أكثر أهل الحجاز أهل حديث (تاريخ التشريع الإسلامي، ص ١٠٧ ـ ١٠٨، ببعض اختصار).

١٢/ ٤ ـ مثال: اختلاف أهل الحديث وأهل الرأي في صدقة الفطر.

ورد في الحديث الصحيح الثبوت عن عدد من الصحابة ما يفيد أنَّ رسول الله ﷺ أوجب على المكلَّفين صدقة إلى الفقراء في نهاية شهر الصيام وأول يوم الفطر مقدارها صاع من القمح أو من الشعير أو من التمر أو من الزبيب أو من الأَقِط[١] يخرجها كل مكلَّف عن نفسه وعمن يتبعه ويعوله ذكوراً وإناثاً. وسمِّيت هذه صدقة الفطر أو زكاة الفطر، وهي عبادة مالية تقدَّم شكراً لله تعالى على ما يسَّر للمؤمنين من أداء فريضة الصيام، فيها معونة للفقراء بمناسبة انتهاء الصيام وحلول عيد الفطر.

فذهب أهل الحديث إلى أنَّ هذه الصدقة يجب تقديمها إلى الفقراء عَيْناً من أحد هذه الأقوات التي وردت في الأحاديث النبوية، ولا يصح أداؤها ولا تبرأ الذمة بتأدية قيمة أحدها بالنقود، لأنَّ نص الحديث النبوي قد عَيَّن هذه الأنواع.

وذهب أهل الرأي، إلى أنَّ المقصود بهذه الصدقة ليس هو هذه الأقوات بعينها فإنَّ أنواعها ليست محلاً للتعبد، ولا يتعلق بأنواعها غرض شرعي. وإنما المقصود معونة الفقراء، وحاجتهم إلى الغذاء هم وعيالهم محققة، فورد الحديث على المعتاد الميسور للمكلفين من الأغذية الشائعة في محيطهم. فالعبرة للمالية لا للنوعية، وهم أدرى بحاجتهم في ذلك اليوم. فقد تكون حاجتهم إلى الكساء أشد ولا يجدون قيمته، والنقود صالحة لقضاء كل حاجة من أي نوع كانت. فلو أعطى المكلف نقوداً تعادل قيمة أحد هذه الأنواع بمقدار الواجب صحَّ منه ذلك.

بدء استقلال علم الفقه وصيرورته اختصاصاً:

١٢/ ٥ ـ في النصف الثاني من القرن الأول الهجري ظهرت بادرة

(١) الصاع مكيال يعادل (٢,٧٥) ليتراً. والأَقِط (بفتح فكسر) لبن محمض يجمَّد حتى يستحجر فيطبخ ويطبخ به.

جديدة هي اعتزال بعض الأتقياء من أهل العلم والفتوى الحياة العامة، وانصرافهم إلى الفقه تعلماً وتعليماً في بعض الأمصار.

قبل ذلك كان الفقه ورواية الحديث النبوي متداخلَين متلازِمَين، فالفقيه حامل حديث، وكثرة علمه وفقهه تأتي من كثرة ما يرويه من أحاديث الرسول ﷺ. وحامل الحديث النبوي متفقِّه يفتي الناس في مسائلهم بما عنده من الحديث الذي يرويه.

لكن انحراف الخلفاء الأمويين عن سيرة الخلفاء الراشدين الأربعة الأولين في التزام المثل العليا الدينية والعملية، في النصف الثاني من القرن الأول، وما ظهر فيه من فتن وثورات داخلية، دفع فريقاً من أهل العلم والفتوى ذوي الإخلاص والتقوى إلى اعتزال الحياة العامة وصخبها السياسي والاجتماعي، فانصرفوا في عدد من المدن والأمصار إلى الفقه دراسة وتعليماً ينقدون الحكام أحياناً، وينشرون العلم، بين تلاميذهم الذين لازموهم.

وكان هذا بداية استقلال علم الفقه. ونعني باستقلاله أنه صار اختصاصاً ينصرف إليه راغبوه العاكفون عليه تعلماً وتعليماً. وينضم إلى كل واحد من أقطاب الفقه جماعة يتلقون عنه علمه ومنهجه، وينشرونه بين الناس.

وفي النصف الثاني من القرن الأول كان التابعون الذين تلقوا عن الصحابة حين انتشروا في الأمصار كثيرين.

وفي أوائل القرن الثاني كان تابعو التابعين كثيرين أيضاً. وكثير من هؤلاء وأولئك كان لكل منهم فتاواه وآراؤه الاجتهادية في المسائل والقضايا، نقلت عنهم وسُجِّلت بعدهم فيما نقله وسجله المؤلفون في اختلاف الفقهاء. ولكن الذين دُوِّنت لهم مذاهب كاملة، أي آراء وفتاوى في جميع أبواب الفقه وأقسامه، هم قلة، وهم الذي رزقوا تلاميذ نجباء فهماء نشيطين، نقلوا عنهم آراءهم وسجلوها، في مختلف القضايا والمسائل. فتكوَّن لكل منهم

مذهب فقهي كامل شامل لمختلف فصول الأحكام من العبادات إلى المعاملات، فالجنايات، فشؤون الأسرة (الأحوال الشخصية). فكان ما دوَّنه أولئك التلاميذ الأوائل عن كل من أولئك الأئمة هو المرجع في معرفة مذهبه الذي نُسِبَ إليه، ومنهجه الفقهي وقواعده الأصولية التي اعتمدها.

ثم جاء تلاميذ طبقات لاحقة من فقهاء كل مذهب فنقحوا وتوسعوا في التفريع والتخريج والتأليف في مذاهب أئمتهم حتى بلغت المؤلفات الفقهية في كل مذهب، ما بين شروح وفتاوى، العشرات أو المئات، ما بين مختصرات ومطوَّلات قد يبلغ حجم أحدها ثلاثين مجلداً أو أكثر.

المذاهب:

٦/١٢ ـ فالمذاهب التي حَالف أئمتها الحظ السعيد، فكان لهم تلاميذ نجباء نشيطون سجلوا آراءهم فخلدت مذاهبهم وخدمت بالشرح والتخريج والتفريع على أصول كل مذهب منها خلال العصور، هي ثلاث فئات:

الفئة الأولى: هي المذاهب الأربعة التي تمثل فقه أهل السنة، منها ما يغلب على فقهه طابع أهل الرأي، ومنها ما يغلب عليه طابع أهل الحديث. ومذاهبهم يتَّبعها إلى اليوم معظم المسلمين في العالم الإسلامي. وكل قطر أو بضعة أقطار من العالم الإسلامي يسود فيه أحد هذا المذاهب الأربعة التي تمثِّل فقه أهل السنة. وهي بحسب الترتيب التاريخي لأئمتها: المذهب الحنفي، ثم المذهب المالكي، ثم المذهب الشافعي، ثم المذهب الحنبلي.

الفئة الثانية: هي المذهب الظاهري. وهذا يمكن تصنيفه مع مذاهب أهل السنة الأربعة لأنه يعتمد مصادرهم نفسها، ولكنه يختلف في شدة تمسك إمامه وأصحابه بحرفية النص إلى درجة تخرج عن المعقول في بعض الأمور، وينبو عنها المنطق التشريعي، ولا يقبلها أهل الحديث أنفسهم فضلاً عن أهل الرأي. ولذلك مات مذهبهم فلم تكن له سيادة في قطر ما، وإنما تُعرض بعض آرائهم في دراسة الفقه المقارن اليوم. ولذلك رأينا أن نعتبره وحده فئة ثانية من المذاهب الفقهية.

الفئة الثالثة: هي مذاهب تمثل فقه فِرق يختلف عن فقه الفئتين الأولى والثانية بأنه يرتبط ببعض أصول اعتقادية مخالفة لما عليه أهل السنة. وهذه الفئة هي المذاهب الأربعة الأخرى التالية:

١ ـ المذهب الزيدي، نسبة إلى زيد بن علي زين العابدين من آل بيت الرسول ﷺ (ت ١٢٢ هـ) وكان إماماً ذا شخصية علمية متعدِّدة النواحي. وقد قيل: إنَّ أباحنيفة كان من تلاميذه.

ويسود هذا المذهب في اليمن.

٢ ـ المذهب الإباضي، نسبة إلى إمامه عبد الله بن إباض (ت٨٦ هـ) الذي كان يرى رأي الخوارج، ولكنه في الواقع لم يَجْر مع غُلاتهم. ويسود في سلطنة عُمَان من بلاد الخليج العربي في شبه الجزيرة العربية، وله أتباع كثيرون موزعون في زنجبار وفي مناطق تونس من الشمال الأفريقي وفي جنوب الجزائر، وفيه مدوّنات فقهية واسعة.

ومذهبا الزيدية والإباضية أقرب من سواهما إلى فقه أهل السنة، وهما يعتمدان مصادر السنة النبوية التي يعتمدها أهل السنة.

٣ ـ المذهب الشيعي الإمامي، وهو فقه الشيعة الإمامية الاثني عشرية. وهم ينسبون أصوله إلى الإمام جعفر الصادق رضي الله عنه (ت ١٤٨ هـ) وهو من آل بيت الرسول ﷺ البارزين المتميزين بعلمهم ومكانتهم. وكان معاصراً لأبي حنيفة إمام المذهب الحنفي. وهذا المذهب يسود في إيران وفي مراكز الشيعة الإمامية من العراق، وحيث يوجدون في أي قطر، وفيه مؤلفات ضافية.

١٢/٧ ـ وفي هذا العصر افترق لفظ «العلم» عن لفظ «الفقه» في الدلالة، فأصبح يراد من العلم: **معرفة النصوص**؛ ومن الفقه: **ملكة فهم الأحكام** من تلك النصوص. وبتعبير آخر: انصرف العلم إلى «**الرواية**»، والفقه إلى معنى «**الدراية**» كما افترق لفظ «**السنة**» عن لفظ «**الحديث**» في الدلالة على نحو ما بيّناه في مطلع البحث عن السنة (ف ٣/٣).

ملحق بالفصل الثاني عشر

إيضاحات حول الفرق بين
أهل الحديث وأهل الرأي

قدمنا في الفصل (٢/١٢) أنَّ الأساس العلمي لاختلاف مدرستي أهل الحديث وأهل الرأي موجود بين علماء الصحابة الكرام أنفسهم من حيث اختلاف منهج الاستدلال من النصوص الشرعية. وسنضرب مثلين يوضحان منهج كل من الطائفتين، أحدهما من عصر النبوة، والثاني من بعد ظهور المدرستين.

٨/١٢ ـ المثال الأول، تعليل الأمر الصريح:

روىٰ البخاري ومسلم أنه في عام الخندق أمر الرسول ﷺ أصحابه بالتوجه إلى بني قريظة الذين خانوا العهد، قائلاً: «لا يصلّينَّ أحدٌ العصرَ إلا في بني قريظة» (أخرجه البخاري في المغازي، ومسلم وأحمد) وفي الطريق حانَ وقت صلاة العصر فاختلف الصحابة، فأراد بعضهم أن يتوقفوا لأداء الصلاة خشية أن يضيق الوقت عنها، ثم يتابعون المسيرة، إذ فهموا من قول الرسول ﷺ لهم: «لا يصلينَّ أحدٌ العصر إلا في بني قريظة» أنَّ المقصود به الحث على الإسراع وعدم التأخر أو التباطؤ. ورأى آخرون أن يتابعوا المسيرة، دون توقف لأداء الصلاة، عملاً بظاهر كلام الرسول ﷺ. وهكذا توقف الأولون فصلوا ثم تابعوا، ومضىٰ الآخرون دون توقف، فلم يتمكنوا من تأدية صلاة العصر إلا بعد وقت صلاة العشاء. ولما علم الرسول ﷺ بماحصل من اختلاف آرائهم لم يقل عن أحد الفريقين أنه

أخطأ، بل أقرَّ كلاً منهما على ما فعل[١].

١٢/ ٩ ـ المثال الثاني: مسألة الشاة المصرّاة:

روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن تصرية الإبل والغنم[٢] وقال:

«لا تُصَرّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعْدُ فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء رَدَّها وصاعاً من تمر»[٣].

فأهل الحديث يقولون: يردها المشتري، وصاعاً من تمر بدلاً من اللبن الذي احتلبه منها، كما جاء في هذا الحديث النبوي.

وأهل الرأي يقولون: إنَّ قانون ضمان المتلفات في الشريعة الإسلامية إنما هو أن يرد المثل في إتلاف المثليات، أو القيمة في القيميات. وهذا الحديث بظاهره يجعل اللبن الذي استهلكه المشتري مقدَّراً بغير مثله ولا قيمته. واختلف رأيهم في النتيجة. وأحسن آرائهم أنه يردُّها مع قيمة اللبن الذي احتلبه منها، وليس مع صاع من تمر لأنَّ هذا التمر قد يكون أكثر قيمة من اللبن المحلوب أو أقل.

ويؤولون الحديث المذكور بأنَّ النبيَّ ﷺ قدَّر أن اللبن المحلوب في تلك الحال يكافؤه صاع من تمر، والتمر هو المال الميسور لديهم جميعاً إذ ذاك فقضى به. ولكن الأصل الواجب شرعاً في التعادل هو القيمة، فلا يفيد

---

(١) ر: ابن تيمية **رفع الملام عن الأئمة الأعلام** (بيروت: المكتب الإسلامي، ص ٤٦ ـ ٤٧) ويعلق هذا الإمام الجليل قائلاً: «.. ومع ذلك فالذين صلوا في الطريق كانوا أصوب فعلاً». وانظر أيضاً: **زاد المعاد** لابن القيم (٣/ ١٣٠).

(٢) **التصرية**: ربط ضرع الناقة أو الشاة (التي كانت حلوباً) عندما يريد صاحبها بيعها، حتى يختزن لبنها ويحفل ضرعها، ثم يعرضها للبيع ليظن بأنها غزيرة اللبن، فبعد أن يحلبها مشتريها أول مرة لا يجتمع لها لبن جديد بالقدر المعتاد في الشاة الحلوب. وهو غشٌ بالتغرير يوهم صفة كاذبة.

(٣) رواه البخاري في البيوع ٣/ ٩٢، ومسلم في البيوع ٣/ ١١٥٥.

الحديث الوارد في الموضوع أنه حكم عام، وإنما هو لحادثة بعينها. أما الحكم العام فيرجع فيه إلى الأصل.

هذان مثلان نموذجيان لاختلاف أهل مدرسة الحديث ومدرسة الرأي، وهناك أمثلة فيها غلوٌ صارخ من أهل الحديث لا يقبله الذوق الفقهي البصير بمقاصد الشريعة، كما أنَّه لم يخل أهل الرأي في بعض مسائلهم من غلو في تأويل بعض الأحاديث بما يخرج عن المعتاد في فهم الخطاب، ويظهر فيه التكلف أو التمحل.

معنى «الرأي»:

١٢/ ١٠ ـ وهنا يجدر التنبيه إلى ناحية مهمة، وهي أنَّ المقصود بالرأي عندما نقول: (أهل الرأي وأهل الحديث) ليس هو تقرير الأحكام بالتشهي والهوى، أو ما يختاره المفتي والقاضي بعقله المجرد دون تقيُّد بشيء من نصوص الشريعة ومقاصدها العامة التي سبق بيانها في القسم الأول من هذا البحث، كما قد يتوهمه من لا علم له. وإنما المراد بالرأي لدى أهل الرأي (عند سكوت النص، أو لأجل فهمه وتطبيقه) هو النظر في عِلَّة النص وغايته وسبب وروده لمعرفة المراد به من أجل حسن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً. وفي حالة عدم النص فإنَّ المراد بالرأي الرجوع إلى مقاصد الشريعة وميزان المصالح والمفاسد بنظر الشارع (لا بنظر الشخص وهواه) كما تقدَّم بيانه.

يقول الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة رحمه الله:

«إنَّ المراجِعَ لفتاوى الصحابة والتابعين.. يفهم من معنى الرأي ما يشمل اعتماد الفقيه في فتواه على ما عُرف من الدين بروحه العام، أو ما يتفق مع أحكامه في جملتها في نظر المفتي، أو ما يكون مشابهاً لأمر منصوص عليه فيها.. وعلى ذلك يكون الرأي شاملاً للقياس والاستحسان والمصالح المرسلة، والعرف» (من كتاب: «**مالك**»، ص ١٤٩، باختصار).

ومن ثم نصل إلى نتيجة مهمة هي أنَّ الاختلاف بين مدرستي الرأي وأهل الحديث ليس في أن أهل الرأي يرفضون العمل بالحديث النبوي إذا كان صحيح الثبوت، ويرجحون عليه العمل بالقياس أو بالرأي عموماً، وأنَّ أهل الحديث يعملون به، فهذا التصور جهل بالحقائق. فمن المعروف الثابت لدى أهل العلم والمسجل في المراجع أنَّ كل واحد من الأئمة الأربعة قال ونقل عنه تلاميذه قوله: إذا صحَّ الحديث فهو مذهبي.

ولكن قد يختلفون في صحة أحد الأحاديث وضعفه، لأنَّ أنظار المجتهدين قد تختلف بالنسبة إلى سند الحديث (سلسلة رواته) كما قد تختلف في فهم نصه.

فالخلاف الحقيقي بين أهل الرأي وأهل الحديث إنما هو في منهجية الاستدلال بالسنة النبوية كما سبق بيانه.

ملاحظة حول التفسير الجغرافي لنشوء المدرستين:

١١/١٢ - شاع بين من كتبوا في تاريخ الفقه الإسلامي تفسير جغرافي لتركز مدرسة أهل الرأي في العراق (وبخاصة في الكوفة)، ومدرسة أهل الحديث في الحجاز (وبخاصة في المدينة)، ولاختلاف المنهج بينهما.

ومن المعتاد في هذا المقام أن يقال: إن التوسع في استعمال الرأي نشأ من قلة رواية الحديث النبوي في العراق بادىء الأمر، ولتعقد الحياة المدنية فيه، وتشعب الأفكار والأعراف، وكثرة الحوادث التي لم يُعرف فيها نص صريح مما ألجأ إلى استعمال الرأي.

وكذلك من المعتاد أن يقال بأن أهل الحديث قد سُمّوا بذلك لكثرة رواية حديث الرسول ﷺ بينهم في الحجاز (وبخاصة في المدينة)، حيث كانت حاجتهم إلى استعمال الرأي في الاجتهاد قليلة، لندرة الحوادث المدنية المعقدة لديهم.

وهذا ما كنا قررناه فعلاً في الطبعات السابقة من هذا المدخل، جارينا

فيه بعض من سبقنا. لكن يبدو للمتأمِّل أنَّ هذا التفسير لنشوء المدرستين وتوطنهما الجغرافي بادىء الأمر لا يتفق مع عدة حقائق تاريخية وفقهية مشهورة، منها:

أ ـ كان العراق من أسعد الأمصار حظاً بالصحابة. «وكانت الكوفة والبصرة قاعدة للجيوش الإسلامية.. ونزل بها أكثر علماء الصحابة[١]، وكانت الكوفة مقرَّ الخلافة زمن علي ـ كرم الله وجهه ـ وكان فيها قبله ابن مسعود، وسعد بن أبي وقاص، وعمار بن ياسر، وأبو موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة، وأنس بن مالك، وحذيفة بن اليمان، وعمران بن حصين، وكثير من الصحابة الذين كانوا من حزب علي ومن معه كابن عباس. وهؤلاء هم حملة الحديث ورواته..»[٢].

هذه الحقيقة تتنافى مع ظن قلة الحديث في العراق.

ب ـ إنَّ أشهر مجتهد في الحجاز هو مالك بلا ريب، وفقهه يعدُّ في مدرسة أهل الرأي، على الرغم من كثرة روايته للحديث.

ج ـ إذا كانت البيئة الاجتماعية في العراق هي الداعية إلى اللجوء للرأي، فكيف أنجبت هذه البيئة نفسها إمام مدرسة أهل الحديث أحمد بن حنبل؟

د ـ وإذا نظرنا في فقه الإمام الشافعي نراه أقرب إلى أهل الحديث، ولا يمكن أن ينسب هذا لبيئته، إذ قد عاش في الحجاز واليمن والعراق ثم مصر، ودرس أقوال أهل الحديث وأهل الرأي قبل أن يبرز بمذهب متميز.

١٢/١٢ ـ نتيجة:

إنَّ التفسير «الجغرافي» لنشأة مدرستي الرأي والحديث وتركزهما لا

---

(١) تجاوز عدد من حلّ بالكوفة من الصحابة ثلاثمائة صحابي.

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي للأستاذ محمد علي السايس (دار المعارف ـ القاهرة، ص ٧٤).

ينطبق على مذهب من المذاهب الأربعة. وأقرب ما ينطبق عليه هو مذهب الحنفية. لكن حتى هذا، يقدح في انطباقها عليه ما قدمناه في البند (أ) آنفاً.

ويبدو لنا أنَّ التفسير الأقرب للواقع والأبعد عن التكلف هو:

أنَّ اختلاف منهج مدرستي أهل الحديث وأهل الرأي هو مظهر لمنهجين أساسيين في التعامل مع النصوص التشريعية عموماً، قلما تخلو منهما بيئة إنسانية متحضِّرة: منهج شديد التمسك بظاهر النص، ومنهج يعطي وزناً أكبر للمقاصد العامة التي بني عليها النص والحكمة المتوخاة منه.

الفصل الثالث عشر

الدور الفقهي الرابع

من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع

١٣/ ١ ـ في هذا المدى الواسع تضخَّم الفقه جداً، ونهض نهضته الرائعة بعد عهده التأسيسي السابق.

ونشأت في هذا الدور الواسع مذاهب واجتهادات فقهية جمة: منها المذاهب الأربعة، وكثير غيرها[١].

---

(١) المذاهب الأربعة هي: المذاهب الحنفي، والمالكي، والشافعي، والحنبلي.

أ ـ فالمذهب الحنفي ينسب إلى إمامه أبي حنيفة النعمان بن ثابت، وهو فارسي الأصل، ويسمى: **الإمام الأعظم**. ولد سنة /٨٠/ وتوفي سنة/ ١٥٠/ هـ وكان إمام العراقيين. وقد انتقلت زعامة أهل الرأي إليه، واستقرت عليه، ووطد طريقة الاستحسان، واشتهر بقوة الحجة وسرعة الجواب المفحم، وعبقرية الفهم والاستنباط.

وأشهر تلاميذه اثنان:

الأول: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الذي تولى سلطة القضاء في الدولة العباسية في عهد الرشيد، وألَّف له كتاب «**الخراج**».

والثاني: محمد بن الحسن الشيباني، وهو من عباقرة الفقهاء الأذكياء، ومن أئمة اللغة أيضاً. وأبو يوسف ومحمد يلقبان «**الصاحبين**». وإليهما في الدرجة الأولى يعود الفضل في تدوين فقه أبي حنيفة ونشر مذهبه.

ب ـ والمذهب المالكي ينسب إلى إمامه مالك بن أنس الأصبحي، وكان عالم المدينة وإمام الحجازيين. ولد سنة/ ٩٣/ وتوفي سنة/ ١٧٩/ هـ ويعتبر مذهبه وسطاً معتدلاً بين أهل الرأي والحديث، لكثرة استناده إلى الحديث، إذ كانت روايته قد انتشرت، ولا سيما في مدينة الرسول عليه الصلاة والسلام. على أنَّ مالكاً يعدُّ إلى جانب ذلك من أهل الرأي، ومذهبه وأصوله إلى الرأي أقرب نسباً.

=

وقد اشتد في أوائل هذا الدور الخلاف بين مدرستي الرأي والحديث، ثم استقرَّ فيه اعتبار الرأي طريقة فقهية صحيحة بحدودها وأصولها الشرعية التي أوضحها أصحابها، ودفعوا بها عن هذه الطريقة الشبهات، بما يبعدها عن معنى القول بالتشهي والهوى المجرَّد عن الدليل الشرعي.

يقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة:

«لكن الفارق لم يستمر طويلاً بين أهل الرأي والحديث، فإنَّ الطبقة

= وقد استفاد من مركزه في المدينة الاتصال الدائم بعلماء الآفاق كلها في موسم الحج، واجتمع فيه بأبي حنيفة وناظره وقال عنه: **«إنه لفقيه»** (ر: كتاب **«مالك»** للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، ص/ ١).

ج ـ والمذهب الشافعي ينسب إلى إمامه محمد بن إدريس الشافعي القرشي. وقد ولد سنة/ ١٥٠/ هـ في غزة، وربي يتيماً، ورحل إلى العراق والحجاز، فأخذ عن أصحاب أبي حنيفة وعن مالك. ثم استقرَّ في مصر، وترك آراءه القديمة وأسَّس مذهبه الجديد، وتوفي سنة/ ٢٠٤/ بالفسطاط. وكان جمّ المواهب، ويعدُّ مذهبه إلى أهل الحديث أقرب. وقد أنكر على شيخه مالك طريقة **الاستحسان**.

د ـ والمذهب الحنبلي ينسب إلى إمامه أحمد بن حنبل الشيباني تلميذ الإمام الشافعي، وقد وُلد ببغداد سنة/ ١٦٤/ هـ، وعني بالحديث فبرع فيه واشتهر، ولذا كان مذهبه أكثر اصطباغاً بالحديث. توفي سنة/ ٢٤١.

وقد وجد سوى هؤلاء الأربعة مجتهدون أعاظم كثير عددهم متعاصرون ومتعاقبون، كان لهم فقه جليل وآراء قيمة لا يزال بعضها مسجلاً في الكتب التي دونت اختلاف الفقهاء. ولكنهم لم يكتب لمذاهبهم الخلود لأسباب، منها: أنهم لم يرزقوا تلاميذ ذوي قدرة ونشاط يستطيعون حفظها ونشرها.

فمن أولئك المجتهدين شيوخ هؤلاء الأئمة الأربعة، أي أساتذتهم، كحماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة، وإبراهيم النَّخَعي، والشَّعبي شيخي حماد، وكربيعة الرأي، وابن شهاب الزهري، ويحيى بن سعيد، من شيوخ مالك.

ومنهم أيضاً غير شيوخهم من معاصريهم الكثيرين، كجعفر الصادق، وزيد بن علي زين العابدين، والأوزاعي، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وابن شبرمة المعاصرين لأبي حنيفة، وكالليث بن سعد بمصر من أكابر المجتهدين المعاصرين لأبي حنيفة ومالك، وكان بينه وبين مالك مقابلات ومراسلات فقهية حفظت ونشرت. (انظر الرسالتين المتبادلتين بين مالك والليث بن سعد في كتاب **«مالك»** للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، القسم الأول ف/١٠٢/ ص ١٠٣ ـ ١١٤).

التي جاءت بعد الأئمة أصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهما يختلف أساتذتهم:

فالإمام محمد من أصحاب أبي حنيفة يرحل إلى الحجاز ويدرس كتاب «الموطأ» للإمام مالك.

والشافعي يتلقى عن محمد بن الحسن فقه أهل الرأي[١].

وأبو يوسف نفسه يؤيّد آراء كثيرين من أهل الرأي بالأحاديث.

ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأي والحديث معاً، مما يدل على تلاقيهما وإن اختلف الفقهاء كثرة وقلة في الأخذ بأحدهما دون الآخر» (ر: مقدمة «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ المشار إليه، ف/١٦، ص٣٧).

وقد أصبح للحكومات في هذا الدور اتجاه مذهبي في القضاء والحِسْبة[٢] والجباية وغيرها من الأعمال، فكان مثلاً فقه أبي حنيفة ومدرسته هو المذهب السائد في قضاء الدولة العباسية، وارتبطت العادات والأعراف المحليَّة بالفقه، وبُنِيَت عليها الأحكام.

١٣/ ٢ ـ وفي أوائل هذا العصر بدىء بتدوين الفقه تدويناً علمياً مذهبياً. ومن أقدم كتبه كتب **محمد بن الحسن الشيباني** تلميذ أبي حنيفة الذي جمع مذهبه، وكتاب **«الموطأ»** لمالك بن أنس، وكتاب، **«الأم»** للشافعي.

ـ وبدىء أيضاً في هذا الدور بتدوين علم **أصول الفقه**، ضبطاً لقوانين استنباط الأحكام، بعد فساد السليقة العربية في الألسنة.

---

(١) أقول: وأحمد بن حنبل يتلقىٰ الفقه والحديث عن الشافعي.

(٢) **الحِسْبة** (بكسر فسكون): هي في الإسلام وظيفة تنفيذية لتأييد واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أي حماية المصالح العامة التي تسمى في الاصطلاح القانوني اليوم: **«النظام العام»**، كقمع الغش والتشرد وكل فساد. والموظف الذي يقوم بهذة المهمة يسمى: **المحتسب**. (ر: كتاب **معالم القربة في أحكام الحسبة»** لابن الأخوة، طبعة ليدن. الباب الأول).

وقد كان هذا العلم الجليل قبل ذلك أصولاً وقواعد غير مجموعة يعرفها الراسخون في علم الشريعة، وتصدر عنها أفهامهم في فقههم.

وأول كتاب أُلِّف في علم أصول الفقه «**رسالة الأصول**» للإمام الشافعي.

ولم يكن هو واضع هذا العلم وقواعده، فإنَّ كل مجتهد إنما يسير في اجتهاده على أصول يرعاها ويحاجُّ بها. وإنما الشافعي هو أول من أملى ودوَّن المسائل الأساسية الأولى في علم أصول الفقه.

- وقد ظهرت في هذا الدور **الاصطلاحات الفقهية** الكثيرة التي كانت ثروة خالدة في لغة الفقه والحقوق. وقد اختلفت تلك الاصطلاحات باختلاف المذاهب وأماكنها.

- وفي هذه المرحلة اشتدت الصبغة النظرية في الفقه، وظهرت فيه طريقة افتراض الحوادث قبل أن تقع، وتقرير أحكامها سلفاً، مما كان له أعظم تأثير في تضخم الفقه وتوسعه وشحذ الأفكار فيه.

ولكن كان فيما بعد للتعمق في ذلك من المساوىء أن ابتعد الفقه في كثير من أحكامه عن الحاجة العملية والمصالح الزمنية، ووجدت فيه طائفة من المسائل يكاد يكون وقوعها مستحيلاً، ودراستها إضاعة للوقت.

- وفي حدود هذا الدور الواسعة كان تقعيد كثير من القواعد الكليَّة، والضوابط الفقهية مستمدة من دلائل النصوص. وذلك كقاعدة «**اليقين لا يزول بالشك**»، وقاعدة «**الأصل براءة الذمة**»، وقاعدة «**العادةُ محَكَّمة**»[1]، وقاعدة «**الضرر يزال**»، وقاعدة «**المشقة تجلب التيسير**» وغيرها من القواعد الكثيرة التي كانت تدور في أصول المذاهب، فأخذت معانيها صيغاً لفظية ثابتة ذات شمول واسع. وسيأتي تفصيل ذلك في **القسم الثالث** من هذا المدخل، وهو القسم المخصص للبحث في القواعد الكلية وشرحها. (ر: ف ٨٠/ ١ ـ ٥).

---

(١) **محكمة**: بفتح الكاف المشددة، صيغة مفعول من التحكيم (ر: ف ٦/ ٥).

الفصل الرابع عشر

الدور الفقهي الخامس

من منتصف القرن الرابع إلى منتصف القرن السابع

١٤/ ١ ـ في هذا الدور ركدت حركة الاجتهاد، وأخلد الراغبون في الفقه إلى العكوف على مذاهب أولئك المجتهدين السابقين، وخاصة منهم الأئمة الأربعة. وتمركز كل مذهب من تلك المذاهب الأربعة في قطر أو أقطار. وتخرَّج في كل مذهب فقهاء عظام تناولوا المذهب بالتدوين والتنقيح والترتيب.

١٤/ ٢ ـ إقفال باب الاجتهاد ونشاط حركة التخريج والترجيح المذهبية:

وفي النصف الأول من هذا الدور أفتى علماء المذاهب الأربعة بإقفال باب الاجتهاد، لقعود الهمم عن اكتساب مجموعة الصفات والعلوم اللغوية والشرعية بالقدر الذي يؤهِّل للاجتهاد في أحكام الشريعة. فقد ضعف تمييز العامة بين من يُقتدى بهم ومن لا يقتدى بهم، وخَشي العلماء من الشذوذ الجاهل والتخبط الأهوج في الأهواء العلمية أن يهدم ما بناه أولئك الأئمة العظام من فقه الشريعة بناء علمياً صحيحاً.

ويرى الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة[١] أنَّ من العوامل الفعلية التي وجهت أفكار رجال المذاهب إلى الإفتاء بإغلاق باب الاجتهاد الأسباب التالية:

---

(١) (ر: «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية» ص٣٨ ـ ٣٩).

١ ـ التعصُّب المذهبي:

فقد تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقولهم الساطع.

ولا يخفى أنَّ التعصب لفكرة يحمل الإِنسان على الجمود عليها والتعلُّق بأهدابها، ودعوة الناس إليها دون سواها. وهكذا فعل أولئك الذين جاؤوا بعد الأئمة السابقين، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم ونشرها بدلاً من السير على منهاجها، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها، فوثق الناس بالسابقين، وشكُّوا في أنفسهم.

٢ ـ ولاية القضاء:

فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الأمر من المجتهدين لا من مقلديهم، ولكنهم فيما بعد آثروا اختيارهم من المقلدين ليقيدوهم بمذهب معين، ويعيِّنوا لهم ما يحكمون على أساسه، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المذهب[1]، ولأنَّ بعض القضاة المجتهدين كان يتعرَّض الفقهاء المذهبيون لتخطئته، فيكون حكمه مثاراً لنقد الناس، لا سبب اطمئنان لهم.

---

(١) لا شك أنَّ من المصلحة تقييد القضاء بأحكام مقننة معينة لكي يعلم الناس سلفاً ما تخضع له معاملاتهم من الأحكام، فيكونوا على بصيرة من صحتها أو فسادها.
ولكن ذلك لا يقتضي أن تكون الأحكام المقننة للقضاء مختارة من مذهب واحد، بل يُختار من كل مذهب ما هو أسدُّ دليلاً، وأنطقُ حكمة، وأجرى مع المصلحة، فيكون مجموعة فقهية كقانون يتقيَّد به القضاء، ثم يتجدَّد الاختيار من المذاهب تبديلاً وتعديلاً كلما دعت الحاجة واقتضت المصلحة بحسب اختلاف الزمان.
وهذا ما أشار به عبد الله ابن المقفع على الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور أن يوحِّد ما يقضى به بين الناس في قانون يدوِّنه ويختاره من آراء القضاة المجتهدين والفقهاء في ذلك العصر بعد تمحيصها والترجيح بينها.
وسوف نفصل هذا الموضوع في الملحق الثاني للفصل ٢٢ تحت عنوان «تقنين الفقه. . .».

وهكذا كان تقيد القاضي بمذهب يرتضيه الخليفة سبباً في اكتفاء أكثر الناس به وإقبالهم عليه.

٣ ـ تدوين المذاهب:

فإنَّ تدوينها قد سَهَّل على الناس تناولها، والناس دائماً يطلبون السهل اليسير دون الصعب العسير.

وقد كان يدفع الناس إلى الاجتهاد في العصور السابقة ضرورة ملجئة إلى تعرُّف أحكام حوادث وشؤون جديدة لا يعرفون حكمها الشرعي.

فلما جاء المجتهدون في الأدوار السابقة، ودوَّنوا أحكام الحوادث التي عرضت والتي يحتمل عروضها، صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرَّضوا لها، فاكتفوا بمقالهم في شأنها، فَسَدَّت حاجتهم بما وجدوا، فلا حافز يحفزهم إلى بحث جديد.

وساعد على ذلك ما للأقدمين من موقع علمي كبير جدير بالتقدير، وما يكسبهم تفوقهم على مضي الزمن من إجلال، وما يكون من عناية الأمم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين.

لهذا كله انصرف الناس إلى التقليد، اللهم إلا في تعرف علل الأحكام المذهبية، أو ترجيح بعض الآراء في المذهب نفسه على غيرها.

ويسمى من أوتي القدرة العلمية على ذلك: **«مجتهداً في المذهب»**، أي أنه ليس مجتهداً مطلقاً ذا مذهب مستقل، بل هو من أتباع إمام مجتهد، ولكنه ذو رأي معتبر في ضمن مذهب إمامه، وفي البناء على أصوله.

ومما هو جدير بالاعتبار أنَّ أكثر الأئمة قد روي عنهم أنهم كانوا ينهون عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم[1].

---

(١) (ر: «إعلام الموقعين» لابن القيم ٢/ ٣٠١ ـ ٣٠٢). والمقصود بهذا النهي عن التقليد من كان أهلاً للنظر في الأدلة الشرعية والترجيح بينها. أما من ليس كذلك، وهم أكثر الناس وعامتهم، فلا بد لهم من تقليد إمام معتبَر.

فأبو يوسف صاحب أبي حنيفة يقول:

«لا يحل لأحد أن يقول قولنا حتى يعلم من أين قلناه».

والشافعي يقول:

«مَثَل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل، قد يحمل حزمة حطب وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدري».

وأحمد بن حنبل يقول: **«لا تقلِّد في دينك أحداً»**.

وقد فَرَّق أحمد بين التقليد والاتباع، فقال.

«الاتباع أن يتَّبع الرجل ما جاء عن النبي ﷺ وعن أصحابه، ثم هو في التابعين مخير».

١٤/٣ ـ اجتهاد الجماعة:

هذا، وإذا كانت صيانة الأحكام الاجتهادية التي وجد منها ثروة فقهية كافية في الماضي قد اقتضت سدَّ باب الاجتهاد الفردي، ففي هذا الزمن تغيَّر وجه المصلحة بما جدَّ من عجائب الحضارة. فقد سخر الإنسان فيه ما شاء من قوى الطبيعة الكونية حتى طار في الهواء وغاص مسافراً ومحارباً تحت الماء، ثم حطم الآن الذرة واستخدم من قوتها ما حيَّر العقول. وأصبح بفلكة زر من جهاز كصندوق صغير، يرى فيه ويسمع من بلاد نائية. وغزا الفَضَاء فأطلق الأقمار الاصطناعية تدور حول الأرض. ثم حقق حلمه بالرحلة إلى القمر، وأصبحت المواصلات بين مشارق الأرض ومغاربها تتم في سرعة لمح البصر بقوة الكهرباء، وترابطت علائق الأمم الاقتصادية بعضها ببعض، وتلاقت قوانينها وجهاً لوجه. لذلك أصبح من مصلحة الفقه الإسلامي نفسه أن يقوم فيه اجتهاد من نوع آخر، هو **اجتهاد الجماعة** على طريقة الشورى العلمية في مجامع فقهية تضم فحول العلماء من مختلف المذاهب والأقطار، ليفوا حاجة العصر من هذا الفقه الإسلامي الفيَّاض الذي لا ينْضَب معينه.

وهذه الشورى هي الطريقة التي كان يلجأ إليها الخلفاء الراشدون في المشكلات العلمية والسياسية كلما حزبهم أَمر.

وقد كان لعمر بن الخطاب شورى **خاصة** وشورى **عامة**.

ـ فشوراه الخاصة كانت تختصُّ بِعِلْيَةِ الصحابة من المهاجرين الأوَّلين وكبار الأنصار، وهؤلاء يستشيرهم في صغير أمور الدولة وكبيرها.

ـ وأما الشورى العامة فقد كان يجمع فيها ذوي الرأي من أهل المدينة أجمعين في الأمر الخطير من أمور الدولة، فيجمعهم في المسجد النبوي، وإذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة، وعرض عليهم الأمر ورأيه فيه.

فمن ذلك استشاراته لهم في أراضي سواد العراق عندما اختلف فيها مع رجال الجيش الفاتح الذين أرادوا اقتسامها كالغنائم المنقولة مما تقدَّم إيضاحه (ف ١١/ ٤). فقد جمع الصحابة وتناقشوا في ذلك، وتكرَّر اجتماعهم يومين أو ثلاثة حتى استقرَّ الرأي على موافقة عمر في أنها فيء لا يقسم على الغانمين، لأنه تتعلَّق بثمراته حقوق الأجيال القادمة أيضاً. (ر: مقدمة «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ أبي زهرة، ف/ ١٢/ ص ١٨).

وأصل هذه الشورى في القرآن قوله تعالى عن المؤمنين: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ والأمر يشمل الشأن العلمي والسياسي.

وقد بيَّن النبي ﷺ طريقة الشورى في الشؤون القضائية بجمع أهل العلم ومداولتهم، والصدور عن رأي مجتمع مشترك.

فقد روى مالك بن أنس بسنده إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال:

«قلت: يا رسول الله، الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه القرآن، ولم تمض فيه منك سنة؟

فقال: اجمعوا العالمين من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم، ولا تقضوا فيه برأي واحد»[١].

(ر: إعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٧٣ ـ ٧٤).

---

(١) رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله موثقون رجال الصحيح، كما قال الهيثمي في «المجمع» ١/ ١٧٨، وصححه السيوطي في «مفتاح الجنة» كما في «كنز العمال» (٤١٨٨). ورواه ابن عبد البر في «جامع بيان العلم» (١:١٦) من طريق مالك، لكن في غير الموطأ.

ولا ريب أنَّ هذا الرأي العلمي الذي يصدر عن الشورى المجتمعة والتمحيص والتحقيق المشترك يكون أضمن للصواب والمصلحة من الآراء الفردية.

وقد تقدَّم أنَّ هذه الشورى العلمية في عهد الخلفاء الراشدين هي التي نشأ بها فعلاً مصدر الإجماع من مصادر الفقه الإسلامي.

وقد أخذ الاجتهاد المالكي بمبدأ هذه الشورى العلمية بين علماء كل زمن من تعديل الأحكام الفقهية عندما يتبدَّل فيها عرف الناس ومقاصدهم العلمية.

وهذا هو اجتهاد الجماعة الذي نرى أنه لا يسوغ انقطاعه[1].

١٤/ ٤ ـ مزايا هذا الدور:

ـ كان لكثير من فقهاء المذاهب في مرحلة هذا الدور اجتهاد مقيَّد محدود، أي آراء فقهية قائمة على أصول المذهب الذي ينتمون إليه، قد يخالفون فيها إمام مذهبهم في بعض الأحكام مخالفة مستندة إلى التخريج على أصوله نفسها بنظر آخر. (ر: ١٤/ ٢).

ـ وقد حلَّ هذا الاجتهاد المقيَّد محل الاجتهاد المطلق الذي كان في طبقة أئمتهم.

ـ وقد بلغ النتاج الفقهي في مدى هذا الدور وسابقه على أيدي كبار المؤلفين المذهبيين مبلغاً يجل عن التحديد والتصور.

ـ وكانت في هذا الدور، رغم توقف الاجتهاد، جهود كبرى في تنظيم تلك المذاهب وجمع شتاتها، ثم في تعليل مسائلها وتخريج الحوادث

---

(١) انظر في هذا الموضوع المحاضرة التي كتبها ونشرها الأستاذ الكاتب المؤرخ الكبير رفيق بك العظم رحمه الله بعنوان **«قضاء الجماعة وقضاء الفرد»**.

الجديدة على أصولها، وفي ترجيح الآراء والأقوال التي يختلف فيها ضمن المذاهب.

ـ واتَّسع بذلك أيضاً علم **أصول الفقه** على أيدي كبار رجال تلك المذاهب. وكان اتساعه نتيجةً لازمة لتلك التوسّعات المذهبية التي يجب أن تستند إليه.

ـ ومما يمتاز به هذا الدور تشعُّب الآراء الفقهية في كل مذهب بسبب اتساع دائرته، واختلاف آراء المخرِّجين فيه لأحكام الحوادث، مضافاً ذلك إلى اختلاف الروايات في كثير من الموضوعات عن إمام المذهب نفسه؛ إذ قد يكون له في الموضوع الواحد عِدَّة آراء منقولة مختلفة.

وهذا ما أدى إلى استمرار حركة الترجيح والتصحيح لبعض الآراء والروايات، والتضعيف لبعضها، ليعتمد المفتون والقضاة على الأقوى منها.

ـ وقد ظهرت في هذا الدور كتب الفتاوى التي سنبحث عنها في الدور السادس.

١٤/ ٥ ـ المناظرات المذهبية:

وكانت في هذا الدور منافسات ومناقشات ومناظرات واسعة بين رجال المذاهب استمرت إلى ما بعد ذلك، تسودها صبغة العصبية المذهبية أكثر من الغرض العلمي.

وقد وصلت تلك المناظرات في العصور التالية لدى المتأخرين من رجال المذاهب إلى تشاحن بل تطاحن كريه، وإن كانت قد خلَّفت لنا كثيراً من الطرائف الفقهية، واللطائف العلمية الدقيقة التوليد.

وكان المالكية أبعد من غيرهم عن معترك هذا الجدل المذهبي.

وإنَّ هذه العصبية المذهبية في فقه الأحكام لدى المتأخرين من أتباع المذاهب الأربعة كانت تغذيها عوامل زمنية قد وجهتها اتجاهاً معاكساً لروح

التسامح والتقدير العلمي المتبادل المشهور بين أئمة تلك المذاهب أنفسهم. حتى لقد وصل بعض رجال المذاهب فيما بعد إلى القول بأنَّ من شرائط التقليد المذهبي أن يعتقد المقلِّد بأنَّ مذهب إمامه كله صواب يحتمل الخطأ، ومذهب غيره خطأ يحتمل الصواب!! مع أنَّ تلك المذاهب الفقهية كلها تستمد استمداداً معتبراً من منابع الشريعة بأساليب صحيحة مختلفة مقبولة في فهم نصوصها والتخريج على قواعدها. ويعدُّ هذا الاختلاف ثروة عظيمة في الفقه الإسلامي ونظرياته، كما سنرى في الفصل (١٩) الآتي.

وإنَّ الإخلاص للشريعة التي يظهر هذا الاختلاف المذهبي ما فيها من قابلية للخلود واتساع لشتى النظريات الفقهية يوجب على رجال كل مذهب أن يعتزوا بوجود المذهب المخالف، ويتبادلوا التقدير كما كان يفعل أئمة مذاهبهم من قبل.

الفصل الخامس عشر

الدور الفقهي السادس

من منتصف القرن السابع إلى ظهور المجلة سنة ١٢٨٦ هـ

١٥/١ ـ في هذا الدور أخذ الفقه بالانحطاط. فقد بدأ في أوائله بالركود وانتهى في أواخره إلى الجمود، وإنْ كان في بحر هذا الدور الواسع قد بَرَز بعض الفحول اللامعين، من الفقهاء والأصوليين.

ففي هذا العصر سادَ الفكر التقليدي المغلق، وانصرفت الأفكار عن تلمُّس العلل والمقاصد الشرعية في فقه الأحكام إلى الحفظ الجاف، والاكتفاء بتقبل كل ما في الكتب المذهبية دون مناقشة.

وطفق يتضاءل ويغيب ذلك النشاط الذي كان لحركة التخريج والترجيح والتنظيم في فقه المذاهب. وأصبح مريد الفقه يدرس كتاب فقيه معيَّن من رجال مذهبه **فلا ينظر إلى الشريعة وفقهها إلا من خلال سطوره**، بعد أن كان مريد الفقه قبلاً يدرس القرآن والسنة، وأصول الشرع ومقاصده، وأدلة الأحكام.

وقد أصبحت المؤلَّفات الفقهية ـ إلا القليل ـ أواخر هذا العصر **اختصاراً** لما وجد من المؤلفات السابقة أو شرحاً له. فانحصر العمل الفقهي في ترديد ما سبق، ودراسة ألفاظ وحفظها.

وفي أواخر هذا الدور حلَّ **الفكر العامي** محل الفكر **العلمي** لدى كثير من متأخري رجال المذاهب الفقهية.

٢/١٥ ـ طريقة المتون:

وقد شاعت كنتيجة لذلك طريقة «**المتون**» في التآليف الفقهية وأصبحت هي الطريقة السائدة العامة، وحلّت كتب المتأخرين فيها محل كتب المتقدِّمين القيّمة في الدراسة الفقهية.

وطريقة المتون هذه يعمد فيها المتأخرون إلى وضع مختصرات يجمعون فيها أبواب العلم كلها في ألفاظ ضيقة يتبارون فيها بالإيجاز، حتى تصل إلى درجة المسخ أو الألغاز، وتكاد كل كلمة أو جملة تشير إلى بحث واسع أو مسألة تفصيلية، كمن يحاول حصر الجمل في قارورة! ويسمى هذا المختصر «**متناً**»[1].

ثم يعمد مؤلِّف المتن نفسه، أو سواه، إلى وضع «**شرح**» على المتن لإيضاح عباراته، وبسط تفاصيل مسائله، والزيادة عليها.

ثم توضع من قبل آخرين تعليقات على تلك الشروح تسمى «**الحواشي**» ثم توضع على تلك الحواشي ملاحظات تسمى «**تقريرات**».

وتتضمَّن تلك الشروح والحواشي والتقريرات كثيراً من المناقشات اللفظية في حل العبارات والألفاظ دون المقاصد الجوهرية في العلم. وقد يضيع الموضوع الواحد أو يتشتَّت ما بين المتون والشروح والحواشي والتقريرات.

ولا نعني بهذا خلو الحواشي من الفوائد العلمية، بل هي مشحونة بكثير من التحليل والتحقيق والتمحيص والمباحث ذات الشأن، ولكنها قد مزج فيها اللباب بالقشور، وعانى الفقه فيها سقم الطريقة.

---

(١) **المتن**: (بفتح فسكون): أصل معناه في اللغة ما يكون في جانب صلب الحيوان من لحم وعصب، فللظهر متنان عن جانبي العمود الفقري. وقد يطلق المتن في الاستعمال على الظهر كله. (ر: المصباح المنير).

وقد سموا به في الاصطلاح هذه المختصرات العلمية، لأنها تتضمن المسائل الأساسية التي يحمل عليها غيرها، كما أنَّ الظهر أساس للركوب والحمل.

٣/١٥ ـ وتاريخ المتون في الحقيقة يرجع إلى أقدم من هذا العصر. ولكنها عندما ظهرت قديماً كان الغرض منها حكيماً: وهو جمع المسائل الأولية البسيطة في متون صغيرة بعبارة سهلة لتكون مبادىء لشداة[١] الفقه على نحو «الآجرُومية»[٢] في علم النحو. وهذا الغرض يقضي بأن يبقى المتن مختصراً بسيطاً سهلاً للمسائل الأولية مقصوراً عليها للغاية التعليمية، فلا توضع عليه الشروح الواسعة ولا الحواشي المعقدة.

ولكن المتون انقلبت في العصر المبحوث عنه إلى طريقة عامة تعقيدية في تأليف الفقه؛ حتى أنَّ من يريد أن يترك له أثراً وذكراً علمياً لا يفكر أن يخدم العلم بمؤلف مستقل يعمد به إلى التجديد في أسلوب الفقه ولغته، وفي تنقيحه وتقسيمه، وترتيبه وتبويبه، والرجوع بمسائله المشتتة في غير أبوابها إلى أبوابها ومناسباتها، فيضيف إلى جهود المتقدمين الحميدة جهوداً جديدة[٣]؛ بل كان كل مؤلف متأخِّر يحصر جهده في وضع حاشية على شرح، أو شرح على متن معقَّد، أو يضع متناً على نسق سائر المتون الاختزالية اللغزية التي تقدمته.

ومن هنا نرى أنَّ طريقة المتون بدأت قديماً معقولة الفكرة والغرض لوضع مبادىء العلم البسيطة تسهيلاً على المبتدئين، ثم أصبحت بالعوامل التقليدية على أيدي المتأخرين أشواكاً وتعاريج توعر بها طريق الفقه،

---

(١) **الشادي**: المبتدىء الذي يأخذ طَرَفاً من العلم والأدب، جمعه شداة، كقاض وقضاة، وأصله في اللغة: من يقتطع قطعة من الإبل ويسوقها. (ر: المصباح والقاموس).

(٢) الآجرّومية مقدِّمة في النحو، لمؤلفها محمد المشهور بابن آجرّوم أي الفقير الصوفي بلسان البربر، (ر: «فتح رب الأرباب» للشيخ عباس رضوان).

(٣) نذكر بهذه المناسبة أنَّ من مفاخر المؤلفين في الفقه الحنفي الإمام علاء الدين الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧ هـ. الذي وضع كتابه **«بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»** توسيعاً لكتاب **«تحفة الفقهاء»** لشيخه علاء الدين السمرقندي، فقد نثر الكاساني في **«بدائعه»** فقه المذهب من الكتب ثم صاغه صياغةً جديدة في سبعة مجلدات لا على مثال سبق، بأسلوب وترتيب موضوعي معجب، فكان من المجدِّدين حقاً في تدوين الفقه.

واعتاص على غير ذوي الاختصاص، وأصبحت دوحة الفقه في أخريات هذا الدور تحمل الورق الكثير عوضاً عن الثمر اليانع.

١٥/ ٤ ـ مزايا هذا الدور:

وعلى كل يتميز هذا الدور الفقهي عن سواه بأمور ثلاث ذات بال:

١٥/ ٥ ـ (الأمر الأول) ـ نشاط حركة التدوين في التطبيقات الفقهية، وما أنتجه من كثرة كتب «**الفتاوى**» التي كانت ظهرت قبل هذا العصر ولكنها كثرت فيه.

فإنَّ كثيراً ممن تقلَّدوا مهمة الافتاء الرسمية، أو بلغوا من المكانة العلمية ما كانوا فيها مرجعاً للناس في استفتاءاتهم، قد سجلوا فتاواهم في كتب خاصة، ورتَّبوها غالباً على أبواب الفقه.

وكتب الفتاوى هذه تمثل **الناحية التطبيقية** العملية من الفقه، وتظهر نتائج المبادىء النظرية والأحكام المقررة، ومدى ملاءمتها للمصلحة التطبيقية عند وقوع الحوادث غير المتوقعة؛ وهي أيضاً مصدر صالح للوقوف على النصوص الفقهية في الحوادث المتوقعة كل وقت، لأنَّ الحوادث المتأخرة كثيراً ما تتشابه مع وقائع الماضي.

وأسلوب كتب الفتاوى يجري غالباً على طريقة ذكر السؤال وإردافه بالجواب مع النصوص المذهبية التي يستند الجواب إليها. وقد يقتصر فيها على سرد أحكام الوقائع دون الأسئلة.

وقد وجد من كتب الفتاوى في هذا الدور ما كان ولا يزال من أهم المراجع الفقهية؛ كالفتاوى التتارخانية، والخانية، والبزازية، والحامدية، والهندية[١].

---

(١) الفتاوى الهندية، وتعرف أيضاً باسم «**الفتاوى العالمكيرية**» من أشهر الكتب المطولات في الفقه الحنفي، وهي منسوبة إلى الملك «**محمد اورنك زيب**» وهو من السلالة المغولية التي حكمت في الهند دهراً طويلاً. ويلقب باسم «**عالمكير**» أي فاتح العالم. =

١٥/ ٦ ـ (الأمر الثاني) ـ صدور الإرادات السلطانية في العهد العثماني في بعض المسائل الفقهية العملية، كمنع سماع الدعاوى بعد مرور الزمن المعيَّن، وهو المسمى: **التقادم**، وإلى غير ذلك من التدابير الصادرة بإرادات سلطانية.

والاجتهاد الإسلامي قد أقرَّ لولي الأمر العام من خليفة أو سواه أن يحد من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها، أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح إذ اقتضت المصلحة الزمنية ذلك، فيصبح هو الراجح الذي يجب العمل به، وبذلك صرَّح فقهاؤنا، وفقاً لقاعدة **المصالح المرسلة**؛ وقاعدة **«تبدل الأحكام بتبدل الأزمان»**.

ونصوص الفقهاء في مختلف الأبواب تفيد أنَّ السلطان إذا أمر بأمر في موضوع اجتهادي (أي قابل للاجتهاد غير مصادم للنصوص القطعية في الشريعة) كان أمره واجب الاحترام والتنفيذ شرعاً. فلو منع بعض العقود لمصلحة طارئة واجبة الرعاية، وقد كانت تلك العقود جائزة نافذة شرعاً، فإنها تصبح بمقتضى منعه باطلة أو موقوفة على حسب الأمر[1] (ر: رد المحتار ١/ ٥٥).

= وكان ملكاً صالحاً ذا همَّة عالية وزهد، قضى على عناصر الفساد في أسرته، وأخضع الهند كلها تقريباً لحكمه، فبسط سلطانه عليها من سنة ١٠٦٩ إلى ١١١٩ هـ = (١٦٥٨ ـ ١٧٠٧ م) وكان يعيش من ثمن المصاحف التي كان يكتبها بخط يده.

وقد جمع هذا الملك لتأليف كتاب الفتاوى الهندية فقهاء الحنفية في عصره برئاسة الشيخ **نظام الدين**، وأجرى عليهم النفقات، ووضع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة. فانتخبوا من جميع كتب المذهب الحنفي أصح ما فيها من الأحكام، وصاغوها في هذا المؤلف الجليل، مع عزو كل حكم إلى مصدره، فاحتوى على ما لا يوجد في سواه. وقد طبع في مصر لأول مرة سنة ١٢٨٢ هـ في ستة مجلدات ضخمة. ثم طبع في المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١١ هـ.

(ر: اكتفاء القنوع بما هو مطبوع، ص ١٤٦، ومعجم المطبوعات العربية لسركيس ١/ ٤٩٨).

(١) وقد فصلنا ذلك في ملحق هذا الفصل، وأوردنا عليه الشواهد.

وهذا من سماحة الفقه الإسلامي وسجاحته ومرونته التي أكسبته قابلية للوفاء بمصالح الأزمان والأجيال.

١٥/ ٧ - (الأمر الثالث) - بدء حركة التقنين أواخر هذا العصر أي إصدار القوانين التي عدلت من الأحكام الفقهية الشرعية المعمول بها في المذهب الحنفي الذي هو مذهب الدولة العثمانية، نظراً لما كان يلحظ من حاجات جديدة محلية، وأخرى ناشئة عن ارتباط العلائق الاقتصادية ببلاد أوروبا وقوانينها.

ملحق بالفصل الخامس عشر

سلطة ولي الأمر، مداها وتقييدها

١٥/٨ ـ قلنا في ختام الفصل السابق (١٥/٦): أنَّ الاجتهاد الإسلامي قد أقرَّ لولي الأمر فرداً كان (رئيس دولة مثلاً) أو جماعة (مجلس نيابي مثلاً) أن يحدَّ من شمول بعض الأحكام الشرعية وتطبيقها أو يأمر بالعمل بقول ضعيف مرجوح، أو يمنع بعض العقود أو الأشياء المباحة أصلاً إذا اقتضت ذلك مصلحة طارئة، كل ذلك بشرط أن يكون الهدف من هذه التصرُّفات تحقيق مصالح الجماعة، بمعاييرها الشرعية، لأنَّ من القواعد الشرعية: أنَّ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م/٥٨).

ونورد فيما يلي عدداً من الشواهد على هذا المبدأ من السنة النبوية، ثم من فقه الصحابة، ثم من آراء متأخري الفقهاء.

١٥/٩ ـ أولاً: جعل بعض الأراضي محمية (على خلاف الأصل):

كان من عادة الرؤساء والملوك في الجاهلية أن يحموا أراضي يمنعون الناس من الرعي والصيد فيها ليختصّوا هم بها. وقد أبطل الإسلام ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا حِمىٰ إلا لِلّه ولرسوله» (رواه البخاري). وقد حمىٰ الرسول ﷺ أرض النقيع، وحمىٰ عمر أراضي لم يحمها رسول الله ﷺ، لترعى فيها ماشية الصدقة وخيل الجهاد»[1].

وقد استنتج بعض كبار الفقهاء مما سبق (ومنهم الإمام الشافعي

---

(١) صحيح البخاري، ٣/١٤٨، كتاب المساقاة من حديث الصعب بن جثَّامة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله (ر:فتح الباري لابن حجر ٥/٤٤ ـ ٤٥).

رحمه الله) أنَّ ما حماه رسول الله ﷺ من الأرض لم يكن على سبيل التشريع الدائم، بل كان تصرُّفاً منه بالإمامة (رئاسة الدولة)، فيجوز للخليفة من بعده أن يحمي بعض الأراضي للحاجة ومصلحة الأمة. وهذا الحمي للمصلحة العامة هو من قبيل منع الناس أن ينتفعوا من أراض هي مباحة لهم شرعاً في الأصل، وهو نقطة الشاهد في موضوعنا هذا.

١٥/ ١٠ ـ ثانياً: النهي عن إدخار لحوم الأضاحي لأمر عارض.

للمسلم أن يأكل من لحم أضحيته، ويدَّخر منها، ويهدي ويتصدَّق. لكن ثبت في السنة الصحيحة فيما روى الإمام مسلم وغيره، أنَّ النبي ﷺ أمر في إحدى السنين أن لا يأكل أحد من لحم أضحيته بعد ثلاثة أيام.

ولما سُئِل في العام التالي عمَّا إذا كان عليهم أن يمتنعوا كالعام الفائت، أخبرهم أنَّ النهي إنما كان بسبب قدوم أعراب فقراء محتاجين في العام الفائت، فأراد لهم أن لا يدَّخروا بعد ثلاث، بل أن يبذلوا للمحتاجين اللحوم المتبقية من أضاحيهم؛ ولا حرج عليهم الآن في أن يأكلوا ويتصدقوا ويدخروا كما يشاؤون لزوال سبب النهي[١].

ووجه الشاهد هنا أنَّ الرسول ﷺ بوصفه ولي أمر المسلمين، نهاهم لسبب طارىء عن أمر مباح في الأصل وهو ادّخار لحوم الأضاحي، فوجبت عليهم طاعته.

١٥/ ١١ ـ ثالثاً: فتاوىٰ سيدنا عمر في عام المجاعة:

وقعت مجاعة عامة في جزيرة العرب خلال خلافة عمر رضي الله عنه، فأصدر خلالها حُكميْن مهمَّين أولهما: أنه أخَّر جباية زكاة الماشية (من الإبل والغنم... إلخ) حتى تزول المجاعة، رفقاً بأصحاب المواشي، فلما زالت وهطل المطر وتوافر المراعىٰ أخذ منهم زكاتين، عن العام الفائت والعام الحاضر.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الأطعمة (٥٤٢٣)، ومسلم في كتاب الأضاحي (١٩٧١) باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث.

كما أمر عمر رضي الله عنه بأن يُدرأ حدُّ السرقة، وهو قطع يد السارق، عام المجاعة، لشبهة أن يكون قد دفعه إلى السرقة الاضطرار والجوع، لأنَّ الحدود تدرأ بالشبهات، كما ورد في الحديث (ر: ف ١١/ ٤ ح ٢).

١٥/ ١٢ ـ رابعاً: وقف المدين: جاء في كتاب الوقف من الدر المختار وحاشيته رد المحتار **نقلاً عن معروضات المولى أبي السعود ـ** (وهو مفتي المملكة العثمانية ثم قاضي القسطنطينية في عهد السلطانين سليمان وسليم، ومن كبار رجال المذهب الحنفي المتأخرين المعوَّل على فتاويهم وترجيحاتهم) ـ أنه:

صدر الأمر السلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي يتوقَّف عليه تسديد الدين من أمواله، قطعاً لما يلجأ إليه بعض الناس من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين.

وبناء على الأمر صرَّح الفقهاء من بعده بعدم نفاذ مثل هذا الوقف شرعاً، وقد كانت النصوص في أصل المذهب صريحة في نفاذ وقف المدين ولو كان دَيْنُه محيطاً بجميع أمواله لأنَّ الدَّيْن إنما يتعلَّق بذمته لا بعين ماله.

(ر: رد المحتار ٣/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦).

فأنت ترى من هذه النصوص الصريحة أنَّ الأمر والمنع السلطاني بحسب المصلحة **يقلب صفة العقد** الصحيح النافذ في أصل الشرع، فيصبح باطلاً أو موقوفاً في النظر الشرعي نفسه بمقتضى هذا المنع من ولي الأمر.

والمهم جداً في هذه النصوص ليس هو الموضوعات التي وردت فيها، بل **المبدأ الفقهي الذي تتضمنه**، لما له من تأثير ذي بال في شتى الأحكام.

فاليوم ـ مثلاً بعد صدور القوانين التي توجب تسجيل العقود العقارية من بيع ورهن ونحوهما في السجل العقاري، وتقضي باعتبار ما يعقد من

هذه العقود خارج المكتب العقاري باطلاً، أو غير نافذ الأثر ـ يجب أن تعتبر هذه العقود في نظر الشرع أيضاً هكذا **باطلة أو غير نافذة** على حسب النص القانوني، لأنَّ هذا المنع صَدَر عن ولي الأمر لمصلحة زمنية في تنظيم السِّجل العقاري يعود إليه شرعاً أمر تقديرها.

فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من أنَّ هذه العقود العقارية تبقى صحيحة ونافذة شرعاً في الواقع، وأنه يجب تنفيذها ديانة وإن كانت باطلة أو غير نافذة قضاء بالنظر القانوني، بحجة أنَّ الشرع لم يشترط في شيء من هذه العقود تسجيلاً، وإنما اكتفى بالإيجاب والقبول اللفظيين.

ـ ومثل ذلك يجب أن يعتبر في قضية التفريق بين الزوجين قضاءً بطلب المرأة بناء على قانون الأحوال الشخصية لدينا، فلا مجال لما يتوهمه بعضهم من أنَّ المرأة تبقى في الواقع ديانة على عصمة زوجها الذي قضى بالتفريق بينها وبينه.

١٣/١٥ ـ خامساً: بيع المعاملة عند متأخري الحنفية.

وهناك مثل آخر هام يتصل بهذا المبدأ أنقله هنا عن فقهاء المذهب الحنفي، لا على أساس التسليم بتفاصيله، بل على سبيل عرضه للبحث:

ذلك أنه قد ذكر صاحب «الدر المختار» في آخر **«باب القرض»** من كتاب **«البيوع»** أنَّ شراء الشيء الرخيص بالثمن الغالي في مقابل الاستقراض من البائع **جائز للحاجة**. وقد سموه **«بيع المعاملة»**، (وهي كما ترى طريقة احتيال للقرض بمنفعة كما سوف نوضح في ملحق الفصل ٢١ عن مشكلة الفوائد المصرفية).

وذكرها أيضاً صاحب «الدر المختار» نفسه قبل ذلك آخر باب المرابحة في البيع قبيل فصل القرض باسم **«المرابحة»**، وهي أن يبيع الدائن للمدين شيئاً بأغلى من قيمته بحيث يحصل للبائع ربح يعادل الزيادة التي يريدها لقاء تأجيل الدين إلى المدة التي يطلبها المدين.

وقد صرَّح في هذا المكان من الدر وحاشيته نقلاً عن **فقهاء المذهب، أنه: لو قضى المدين الدين قبل حلول أجله الذي عقدت من أجله المرابحة، أو إذا توفي المدين بعد المرابحة قبل نهاية الأجل، فاستوفى الدائن دينه من تركة المدين لحلول الدين المؤجّل بسبب وفاته، فإن الدائن لا يستحق من المرابحة إلا بنسبة ما مضى من الأجل، وإذا كان قد قبض الربح وجب عليه رد حصة ما بقي من الأجل.**

ونقل ابن عابدين هنا عن صاحب «القنية» أنه سُئل الفقيه نجم الدين: أتفتي بهذا أيضاً؟ قال: نعم، كما أفتى به أيضاً الحانوتي، ومفتي الروم أبو السعود، والشيخ حامد العمادي في فتاواه الحامدية.

وقد بحث ابن عابدين في أنَّ مجرد مخالفة الأمر السلطاني في عقد لا توجب فساد العقد. ولكن هذا يدل على أنَّ الأمر السلطاني **إذا تضمَّن النص على بطلان العقد المخالف** فإنه يكون باطلاً حتماً. (ر: الدر المختار ورده المحتار ٤/ ١٧١ و ١٧٥).

وقد ذكر ابن عابدين أيضاً في «رد المحتار» آخر الباب الأول من كتاب القضاء: أنَّ صاحب البحر **ابن نجيم** قد نقل عن أئمة المذهب «أنَّ طاعة الإمام في غير معصية هي واجبة، **حتى لو أمر بصوم يوم وجب صومه شرعاً**» (ر: رد المحتار ٤/ ٣٤٤).

١٥/ ١٤ ـ مشكلة إعطاء هذه الصلاحية لولاة الأمور والحل الصحيح لها.

بقي أن يقال: إنَّ إعطاء هذه الصلاحية لولي الأمر العام يؤدي إلى إمكان أن يتصرَّف هذا الحاكم بحسب هواه في تغيير الأحكام الاجتهادية وتقييدها بأوامر أو قوانين زمنية يصدرها، وقد لا يهمه موافقتها لقواعد الشريعة، وقد يكون هو جاهلاً أو فاسقاً لا يبالي تهديم الشريعة. فكيف تجب طاعته شرعاً في هذه الأوامر؟

والجواب:

أنَّ هذه النصوص الفقهية مفروضة في إحدى حالتين:

- إما أن يكون الحاكم نفسه من أهل العلم والتقوى والاجتهاد في الشريعة كما كان في الصدر الأول من العهد الإسلامي.

- وإما أن لا يكون عالماً مجتهداً، وعندئذ لا يكون لأوامره هذه الحرمة الشرعية إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم في الشريعة وموافقتهم.

ولذلك كانت الأوامر القانونية التي تصدر في عهد السلطانين سليم وسليمان القانوني فيما له مساس بالشؤون الشرعية إنما تصدر غالباً عن فتوى المولى أبي السعود، وهو من أعظم الفقهاء المفتين. ثم في أواخر العهد العثماني كانت الأوامر السلطانية تصدر بموافقة دار المشيخة الإسلامية.

والشيخ عبد الغني النابلسي رحمه الله، وهو من أعاظم فقهاء الحنفية المتأخرين، قال في رسالة له عن الدخان: (أي التبغ الذي انتشرت عادة تدخينه السيئة)، قال: «على أنَّ أمراء زماننا لا يفيد أمرهم الوجوب ولا نهيهم التحريم».

أقول: ولا تجب على المكلَّف طاعته ديناً ما لم يعرضه على من يوثق بهم من أهل العلم المستنيرين فيقرُّوه.

١٥/ ١٥ ـ مشكلة موافقة بعض العلماء على أوامر مخالفة للشريعة:

قلنا إن ولي الأمر الذي ليس بعالم مجتهد، لا يكون لأوامره وزن شرعي إلا إذا صدرت بعد مشورة أهل العلم بالشريعة وموافقتهم.

وها هنا تبرز مشكلة أخرى وهي أن موافقة أهل العلم قد تحصل ممن يخضعون للحكام أنفسهم ويمالئونهم رغبة أو رهبة، ولا يتجاسرون أن يردوا للحاكم طلباً أو يعصوا له أمراً. فهؤلاء لا قيمة لموافقتهم حتى لو كانوا ذوي علم.

وقد تأخذ هذه المشكلة صورة أخرى وهي أن يعين أولو الأمر لبعض المناصب المهمة شرعاً كالإفتاء من ليسوا علماء راسخين في الشريعة، أو من يأتمرون بأمر الحاكم خوفاً أو طمعاً.

فقد شهدنا بأم أعيننا، وسمعنا في هذا العصر وقرأنا عن أمثال هؤلاء المفتين الرسميين وذوي الرئاسات والمناصب العلمية الدينية من الفتاوى والتصريحات التي يعلنونها وينشرونها باسم الدين الإسلامي استجابة منهم لرغبات بعض الحكام الفاسدين المستبدين الذين يملكون سلطة عزلهم من مناصبهم والاستبداد بأرزاقهم، وفي تلك الفتاوى والتصريحات العجب العجاب.

فهؤلاء المرتزقة من العلماء لم يعودوا يحِسّون بما يفعل الحاكم الفاسد من استخفاف بقواعد الإسلام، واستغلال لحكمه وسلطته في سبيل تحقيق أهوائه ومطامحه الاستبدادية الخبيثة، ومن تسخيره أجهزة الدولة ووسائلها الإعلامية للدعايات الكاذبة المضللة تغطية لانحرافاته، ومن فتحه مجالات إضاعة الأموال العامة وسرقتها لمؤيديه، وإطلاقه حرية الفسق والفتنة الأخلاقية للملاحدة والانحلاليين من رجال ونساء لإلهاء الناس عن مفاسد حكمه، وخنق كل صوت يأمر بمعروف أو ينهىٰ عن منكر.

هذا واقع قد شهدناه في هذا العصر، ولا تزال أمثلته قائمة في بعض البلاد. فأمثال هؤلاء الحكام ما قيمة أمرهم ونهيهم باسم الإسلام؟ وأمثال أولئك المرتزقة من علماء الدين الذين ينافقون لهم في سبيل الدنيا، ما قيمة فتاواهم وتصريحاتهم في تأييد تصرفاتهم ورغباتهم؟

هذا، وقد نقل ابن عابدين رحمه الله في آخر كتاب الأشربة من حاشيته رد المحتار على الدر المختار عن العلامة البيري وعن الشيخ عبد الغني النابلسي كلاماً نفيساً في صفة الحاكم الذي تجب طاعة أمره شرعاً وفقاً للآية القرآنية القائلة: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾ (النساء ٤/ ٥٩).

ومما نقله هنا قول البيري رحمه الله: «إن من شروط الإمامة أن يكون عدلاً بالغاً أميناً ورعاً ذكراً موثوقاً به في الدماء والفروج والأموال، زاهداً متواضعاً مسايساً في موضع السياسة. ثم إذا وقعت البيعة من أهل الحل والعقد مع من صفته ما ذكر صار إماماً تفترض طاعته (كما في خزانة الأكمل).

ومما نقله أيضاً عن النابلسي قوله: «أن المراد من أولي الأمر في الآية العلماء في أصح الأقوال كما ذكره العيني في آخر (مسائل شتى) من شرح الكنز. وأيضاً: هل منع السلاطين الظلمة المصرين على المصادرات وتضييع بيوت المال، وإقرارهم القضاة وغيرهم على الرشوة والظلم يثبت حكماً شرعياً؟!

ثم أيّد ابن عابدين رحمه الله عقب ذلك الرأيَ بأن أمراء زماننا لا يفيد أمرهم الوجوب... إلخ (ر: رد المحتار ج/٥ في آخر كتاب الأشربة).

ومما تقدم نقله وبيانه يتضح أن تفسير أولي الأمر في الآية الكريمة بالعلماء في أصح الأقوال كما نقله الشيخ عبد الغني النابلسي رحمه الله إنما المقصود به العلماء الثقات في علمهم وبصيرتهم، وتقواهم لله، وزهدهم فيما عند الحكام من مطامع ومغريات، ممن لا يحملهم على النفاق لهم ترغيب أو ترهيب، وليس المراد بهم تجار العلم والدين من العلماء المنافقين.

الفصل السادس عشر

الدور الفقهي السابع

منذ ظهور المجلة إلى نهاية الحرب العالمية الثانية

(١٢٨٧ ـ ١٣٥٤هـ)

١٦/ ١ ـ يمتاز هذا الدور بميزتين لهما شأن تاريخي هام في أسلوب الفقه الإسلامي وفي سيادته القضائية:

الأول: ظهور مجلة الأحكام الشرعية بصفة **قانون مدني** عام من الفقه الحنفي.

الثاني: اتّساع دائرة التقنين الذي بدأ أواخر العصر السابق، وقيام بناء قانوني ضخم إلى جانب صرح الفقه الشرعي.

وسنوضح هاتين الناحيتين فيما يلي.

المطلب الأول: ظهور المجلة وسببه

١٦/ ٢ ـ إنَّ الفقه الإِسلاميَّ أحكامه منثورة في الكتب الفقهية في كل مذهب من المذاهب الاجتهادية.

وهناك أحكام كثيرة موجودة في غير مكان بحثها، ومذكورة بالمناسبات الاستطرادية في غير أبوابها.

وهذه الكتب متفاوتة في استيعابها للأحكام العلمية والآراء المذهبية بحسب كونها مختصرة أو مطوَّلة. فقد تجد في كتاب من الأحكام ما لا تجد في آخر، أو ما يخالف الآخر، كما أنها متفاوتة في لغتها وعباراتها وأسلوبها كتفاوت شروح القوانين اليوم في هذه الجهات.

وبما أنَّ كل مذهب اجتهادي لا يخلو من آراء وأقوال مختلفة في القضيَّة الواحدة، لاختلاف الروايات في أصل المذهب عن إمامه، أو لاختلاف المخرِّجين لأحكام الحوادث الجديدة، والمرجِّحين الذين سلف ذكرهم، لذلك كانت درجة اعتبار كتب المذهب والآراء الفقهية المنقولة فيها تختلف وتتفاوت بحسب تفاوت المكانة العلمية التي لمؤلفي تلك الكتب، أو أصحاب الآراء والأقوال المنقولة فيها.

فالبحث عن نصوص الأحكام الفقهية في تلك الكتب واستخراجها من مظانها وغير مظانها، ومعرفة القوي الراجح من الضعيف المرجوح، يحتاج إلى قدرة ومرونة فقهية طويلة تصعب على الكثيرين.

ولما بُدِىءَ بتأسيس المحاكم النظاميَّة في الدولة العثمانية، وأصبح يعود إليها اختصاص النظر في أنواع من الدعاوي كانت قبل ذلك ترجع إلىٰ المحاكم الشرعية، ودعت الحاجة إلى تيسير مراجعة الأحكام الفقهية على الحكام غير الشرعيين، وتعريفهم بالأقوال القوية المعمول بها من الضعيفة المتروكة دون أن يغوصوا على ذلك في كتب الفقه الواسعة النطاق، صدرت إرادة سنية سلطانية بتأليف لجنة لوضع مجموعة من الأحكام الشرعية التي هي أكثر من غيرها دوراناً في الحوادث.

فوضعت اللجنة في سنة/١٢٨٦/ للهجرة هذه المجموعة منتقاة من قسم المعاملات من فقه المذهب الحنفي الذي عليه عمل الدولة، ورتَّبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة، ولكنها فَصَّلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها والإِحالة عليها. فجاء مجموعها في (١٨٥١) مادة.

وقد أخذت بعض الأقوال المرجوحة في المذهب للمصلحة الزمنية التي اقتضتها.

ومواضيعها ستة عشر كتاباً منقسمة إلى أبواب، والأبواب إلى فصول؛ أولها كتاب «البيوع» وآخرها كتاب «القضاء»، وهي بالترتيب التالي.

البيوع ـ الإجارات ـ الكفالة ـ الحوالة ـ الرهن ـ الأمانات ـ الهبة ـ الغصب والإتلاف ـ الحجر والإكراه والشفعة ـ الشركات ـ الوكالة ـ الصلح والإبراء ـ الإقرار ـ الدعوى ـ البيِّنات والتحليف ـ القضاء.

١٦/٣ ـ وقد سمت اللجنة هذه المجموعة **«مجلة الأحكام العدلية»** وصدَّرتها بتقرير «لائحة الأسباب الموجبة»، أي المذكرة الإيضاحية؛ ثم قدمتها بمقدمة تشتمل على مقالتين:

الأولى: في تعريف الفقه وتقسيمه.

والثانية: ذكرت فيها طائفة من القواعد الكلية التي تعتبر كل واحدة منها أصلاً فقهياً تدور عليه أحكام كثيرة؛ فأوردت منها تسعاً وتسعين قاعدة: أولاها قاعدة **«الأمور بمقاصدها»**، وأخراها قاعدة: **«من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردودٌ عليه»**.

وقد صدرت الإِرادة السنية السلطانية في شعبان سنة/١٢٩٣/ هـ بلزوم العمل بها وتطبيق أحكامها في محاكم الدولة.

فبذلك أصبحت هذه المجلة **قانوناً مدنياً عاماً** منتَخَباً من الأحكام الفقهية؛ فما وجد فيه لا يعوَّل على ما يخالفه في كتب الفقه لاقترانه بالأمر السلطاني، وإنما يرجع القضاة إلى نصوص الفقهاء فيما لا نص عليه في المجلة التي هي القانون العام.

١٦/٤ ـ والشيء الجديد البارز في المجلة هو أنها قد تجلى بها التمييز والتفريق في تأليف الفقه بين أسلوب المصادر العلمية أو التعليمية، وأسلوب المراجع القضائية، من حيث الترتيب، والترقيم، وتسهيل العبارة، والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة دون ذكر اختلافات الفقهاء المستفيضة في كتب الفقه. وهذا من مقتضى الصياغة القانونية، فإنَّ القانون لا يجوز أن يشتمل على غير الحكم الواجب التطبيق؛ أما ميدان الآراء فإنما هو الشروح التي توضح لتكون مصدراً علمياً أو تعليمياً.

وكانت المجلة حريصة جداً على ردِّ المباحث والفروع إلى مناسباتها ومظانها، فعقد المضاربة يذكره الفقهاء في غير بحث الشِّركات، وقد ذكرته المجلة في الشَّركات، لأنَّ المضاربةَ ليست سوى شركة عقد، رأس مالها من جانب، والعمل من الجانب الآخر. وكذلك قسَّمت المجلة مسائل كل كتاب إلى مواضيع أساسية وفرعية، كالتعاريف، والشروط، والأحكام الخ.. ففصَّلتها بفصول مضبوطة التميز، وألحقت كل مسألة بموضوعها.

المطلب الثاني: اتساع دائرة التقنين وعوامله

١٦/ ٥ ـ في هذا العصر الأخير اتسع نطاق التقنين اتساعاً لا حدود له، فصدرت القوانين في شتى المواضيع والنواحي في جميع البلاد الإِسلامية. وكان التقنين في الفروع الثلاثة (المدني والجنائي والإِداري) يسير سيراً حثيثاً.

وأهم نواحي التقنين المدني ـ الذي هو وحده ذو الصلة بهذا الحديث التاريخي عن الفقه ـ تتجلى في ثلاث:

- القوانين التجارية.

- والقوانين العقارية.

- والقوانين الأصولية، كقانون الإِجراء، وقانون المرافعات المدنية المسمى لدينا بقانون «أصول المحاكمات الحقوقية».

وقد تغلغل واشتبك التشريع القانوني بجسم الفقه في مملكة الدولة العثمانية، وفي البلاد المنفصلة عنها كسورية وفلسطين والعراق إلى درجة أنه قلما يوجد بابٌ من أبواب الفقه لم يدخله التعديل أو النسخ القانوني في كثير أو قليل من أحكامه.

١٦/ ٦ ـ وقد كان من أهم العوامل على اتساع حركة التقنين الأمور التالية:

١ ـ تطور العلائق الإقتصادية داخلياً وخارجياً، وتولُّد أنواع جديدة منها في هذه البلاد، منها ما هو عرفي محلي، ومنها المقتبس عن البلاد الإِفرنجية، كأنواع الشَّركات القانونية، والطرائق التجارية كتجارة التوصية (القوميسيون)، والتأمين (السوكرة)، والتعهدات إلخ..

٢ ـ الحاجة إلى اعتبار **الشروط العقدية** التي يمنع أنواعاً منها الاجتهاد الحنفي المعمول به وبعض الاجتهادات الشرعية الأخرى.

٣ ـ الاتجاه الحكومي إلى ربط التصرُّفات والعقود العقارية بنظم شكلية تجعل تلك العقود تحت مراقبة الحكومة لأغراض مالية وحقوقية وسياسية[1]، مما أُنشىء لأجله السجل العقاري وأنظمته ومكتبه، واعتبرت العقود العقارية التي تعقد خارجه غير منتجة لآثارها.

٤ ـ الحاجة إلى تنظيم المراسم الشكلية، أي الطرائق والأصول التي يجب اتباعها في المعاملات والمراجعات والدعاوى، وفَصْل الخصومات وتنفيذ الأحكام، وتسجيل العقود إلخ.. مما وضعت لأجله قوانين المراسم، كقانون أصول المحاكمات، وقانون التنفيذ، وقانون كتاب العدل.

٥ ـ ما صحب هذا التطور الاقتصادي المدني الكبير من جمود الفقه على أيدي المتأخرين، وشلل حركته التوليدية مما أوضحناه في بحث الدور السابق، فقد انقطعت فيه طبقات المجدِّدين، والمخرِّجين التي اتَّسع الفقه وسما على أيديها في الماضي، ثم آل أخيراً إلى دراسة حفظية نظرية، لا إنتاجية علاجية.

٦ ـ بناء مجلة الأحكام الشرعية من فقه المذهب الحنفي فقط، فإنَّ

(١) **الغرض المالي** هنا هو فرض الضريبة على العقود العقارية. **والغرض الحقوقي** كمنع تلاعب مالك العقار بأن يبيع عقاره من عدة مشترين على التعاقب ويقبض منهم أثماناً دون أن يدري كل منهم بشراء سابقه. **والغرض السياسي** كتحديد ملكية الأجانب للعقارات. فكل ذلك لا يتم لولا النظم العقارية.

المذهب الواحد مهما اتَّسع لا يمكن أن يفي بجميع الحاجاتِ الزمنية والمصالح المتطورة التي قد تفقد علاجها التشريعي في ذلك المذهب، ويوجد في غيره من الاجتهادات الأخرى.

١٦/٧ ـ الرأي في ضرورة هذا التقنين وعدمها إلى جانب الفقه:

هذا، وإنَّ القوانين التي أوجدتها تلك العوامل والمقتضيات، ككل القوانين التي يمكن أن توجد لدينا أو لدى غيرنا، هي نوعان:

الأول: قوانين الأحكام.

وهي التي توجب وتثبت لكل قول أو فعل موجبه وحكمه.

والثاني: قوانين المراسم أو الأصول.

وهي التي ترسم وتبيِّن الطرائق التي يجب سلوكها، والأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها، وتسمى أيضاً: **«القوانين الشكلية»**.

فجواز بيع عقار الصغير أو عدم جوازه مثلاً يدخل في قوانين الأحكام.

أما لزوم إجراء عقده في المكتب العقاري وتسجيله في سجله فيدخل في قوانين المراسم.

ومن هذا القبيل أيضاً قانون **«أصول المحاكمات»** الذي يسمى اليوم أيضاً **«قانون المرافعات»** فإنَّ جميع أحكامه هي من الأحكام الشكلية.

١٦/٨ ـ ونخلص من هذا إلى رأي نراه ما بين الفقه الإسلامي والتقنين فنقول:

إنَّ قوانين المراسم ضرورة لا بد منها لأنها لا تستند إلى مبادىء الحقوق وقواعد العدل الثابتة، وإنما هي تدابير تتصل بسياسة التشريع وتنظيم تطبيقه أكثر مما تتصل بتلك المبادىء والقواعد.

وهذا التنظيم حق من حقوق أولياء الأمور العامة ومن صلاحيتهم

الزمنية يحوّلون ويبدّلون من مجاريه دائماً على حسب ما يرون أنه أصلح وأضبط. فقد يوجبون اليوم طريقة في توثيق العقود، أو تقديم الدعاوى إلى الحكام، أو تسجيل الأحكام، أو تنفيذها، ثم يرون غداً ما هو أسهل وأحوط وأفضل، فيعدلون إليه.

وقد يعيِّنون للتقادم (مرور الزمن) مدة، ثم يرون المصلحة في زيادتها أو نقصها دون أن تتبدل أو تتغيَّر المبادىء والنظريات الحقوقية التي تحكم في أصل الحق.

ولذلك لم يأت التشريع الإِسلامي في أصله بشيء من أحكام المراسم إلا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة كلزوم الإِشهاد في عقد النكاح، وطريقة التلاعن بين الزوجين عندما يتَّهم الرجل امرأته بالزنى، وكالإِرشاد العام إلى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة أو الرهن، وكأصول القضاء الأساسية من استماع الدعوى، وسؤال الخصم، وتكليف البينة أو اليمين.

٩/١٦ ـ أما قوانين الأحكام فقد أغنى التشريع الإِسلامي عن كل اقتباس أساسي فيها عن أمة أخرى وتشريع غريب بما في الفقه الإِسلامي الواسع الأفق من القواعد العامة المتنوعة، والأسس الثابتة التي رسخت فيها فكرة إحقاق الحق، وإزهاق الباطل، ودرء المفاسد وجلب المصالح، واحترام الإرادات والعقود، ومنع الإكراه وإسقاط ما يترتَّب عليه، وإزالة الضرر، واعتبار الضرورات، ومسؤولية التسبب، وتنويع وتوزيع الضمانات بعدل متوازن، واعتبار العرف والعادات في العقود والأعمال والالتزامات، إلى غير ذلك من المبادىء الأساسية الكثيرة المغنية في التشريع الإِسلامي وفقهه.

وقد كان هذا الفقه الإسلامي ميداناً لاجتهادات واسعة النطاق ضمن حدود الشريعة قد أشرنا إليها فيما سلف، وهي لا تحصى عدداً ولا تضيق آراؤها ونظرياتها الحية عن حاجة تشريعية أبداً، كما سنرى قريباً.

وأما ما يجدُّ حدوثه في التعامل مما لم يكن موجوداً، كشركات

ضمان الأخطار المعروف اليوم باسم **عقد التأمين**، أو (السوكرة)، وشركات المشاريع الاقتصادية العظمى ذات السهام المتداولة التي تسمى **«الشركات المُغْفَلة»**[1]؛ إلى غير ذلك من المعاملات والأوضاع الاقتصادية التي أوجدها تطور الزمن والعلائق الأجنبية، فمن السهل جداً أن تُخَرَّج الأحكام اللازمة لها تخريجاً، وتولَّد توليداً من أمَّهات الأصول والقواعد الفقهية بطريقة القياس، أو الاستصلاح، كما قام الفقهاء قديماً بتخريج الأحكام وتوليدها لكثير من أنواع التعامل التي جدَّ حدوثها في أزمانهم، كبيع الوفاء، والاستصناع، والرهن المستعار[2] وغيرها من أساليب التعامل الحادثة التي

---

(١) بضم فسكون، بصيغة اسم المفعول من **«الإغفال»**. وسميت كذلك لأنها يُغفل فيها، أي يهمل ذكر أسماء الشركاء؛ وإنما يذكر في عنوانها اسم المشروع الذي أسِّست لأجله كشركة البترول، وشكرة الغزل والنسيج، وشركة التبريد، وشركة الكهرباء إلخ... وانظر ما سنذكره عن عقد التأمين في الفصل ٢١ التالي (ف ٢١/٦).

(٢) إليك شرح هذه العقود الثلاثة بإيجاز فيما يلي:

أ ـ بيع الوفاء: هو أنْ يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً **على أنه متى وفى الثمن استردَّ العقار**.

ويفترق عن الرهن في غايته من حيث انَّ غاية الرهن توثيقية فقط، وغاية بيع الوفاء توثيق الدَّين وانتفاع المشتري الدائن بالعقار.

وقد حدث هذا البيع ببخارى أواخر القرن الخامس الهجري. واستقرَّ أخيراً رأي الفقهاء فيه على أنه يشبه ثلاثة عقود: **البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن**. فأعطي من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الأحكام.

والدليل على هذا التاريخ الذي حددناه لحدوث بيع الوفاء أنَّ الإمام نجم الدين أبا حفص عمر بن محمد النسفي قال عنه في فتاواه: «البيع الذي تعارفه **أهل زماننا احتيالاً للربا**، وسموه «بيع الوفاء»، هو في الحقيقة رهن» إلخ.. (ر: آخر البيوع من كتاب «الدرر»).

ونجم الدين النسفي ولادته سنة٤٦١ هـ و وفاته ٥٣٧ هـ.

ب ـ **والاستصناع**: هو شراء ما سَيُصنع وفقاً للطلب، وهو معروف قبل الإسلام. وقد اشتبه أمره أولاً على الفقهاء: هل هو بيع **السَّلَف** (أي السَّلَم، فتجب فيه شروط السلم أو هو بيع عادي، أو وعد بالبيع؟ ثم هل المبيع فيه العين التي ستصنع أو العمل؟ الخ.. وهل يجري فيه خيار الرؤية بعد الصنع كما في البيع العادي أو لا يجري كي لا يتضرر الصانع لأنه صنعه خصيصاً للمستصنع؟ كل ذلك قد أقرَّ فيه الفقهاء أحكاماً تناسب القواعد والحوائج.

=

فيها مَشَابِهُ مركبة تحتاج أحكامها إلى تخريجات دقيقة على قواعد عديدة؛ وكما عالجوا وخرَّجوا أحكاماً وافية لحقوق القرار المنشأة على عقارات الأوقاف بعرف حادث[1].

= ج ـ **والرهن المستعار**: هو أن يستعير الإنسان شيئاً من صديقه لا ليستعمله، بل ليرهنه ويستدين به.

ومن المقرر أنَّ الإعارة عقد تبرع غير لازم فيفسخه المعير متى شاء، والرهن لازم صيانة لحق الدائن المرتهن، كما أنَّ العارية أمانة لا تضمن بالهلاك، والمرهون مضمون، فلذلك كان في الرهن المستعار موجبات متضادة.

ولكن فقهاء الحنفية خرَّجوا له أحكاماً من قواعد شتى، فيها الدقة والمصلحة وصيانة حقوق الأطراف الثلاثة فيه. (ر: المجلة/ ٣٧٢).

* (١) كالحُكْر، والإجارتين، والمُرْصَد، والكَدِك والخُلُوّ إلخ.. مما هو معروف في محله من أحكام الأوقاف. وسيأتي شرح معاني هذه الحقوق العينية المنشأة على الأوقاف في الجزء الثالث من هذه السلسلة وعنوانه: **(المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي) في بحث أنواع الحق العيني، فلتنظر هناك، ف ٤/٦ ـ ٤/٧**.



ملحق بالفصل السادس عشر

مجلة الأحكام العدلية

تاريخها، وصفها، تقويمها، مصيرها

١٦/ ١٠ ـ سنرىٰ قريباً في الملحق الثاني بالفصل الثاني والعشرين أنَّ الشعور بضرورة تقنين الأحكام من بين الاجتهادات الفقهية المتعدِّدة هو شعور قديم منذ عصور الاجتهاد الأولى.

وكان اختلاف الأقضية التي يصدرها القضاة في العصر العباسي، إذ كان القضاة مجتهدين يقضي كل منهم برأيه واجتهاده في الحكم الشرعي، حافزاً لابن المقفَّع أن يقترح على الخليفة المنصور العباسي طريقة لتوحيد هذه الأقضية في الموضوع الواحد الذي كانت تصدر فيه أقضية متناقضة[١].

١٦/ ١١ ـ الفتاوى الهندية مهدت الطريق إلى المجلة.

ثم بعد توقف حركة الاجتهاد، والاكتفاء بالمذاهب الفقهية التي قامت وقام من حول كل منها أتباع مقلدون، احتل كل مذهب مناطق نفوذ كانت له فيها السيادة، ونشأت طبقات المخرِّجين في كل مذهب، وطبقات المنقحين والمصححين والمرجحين، وتعدَّدت الآراء الفقهية ضمن المذهب الواحد في كل موضوع لتعدد وجوه القياس واحتمالاته، وكثرت الكتب والتآليف في كل مذهب، وأصبح يوجد من الآراء الفقهية والترجيحات في بعض كتب المذهب ما لا يوجد في سواه، وكانت تلك الكتب المذهبية

---

(١) انظر رسالة الصحابة لابن المقفع في «جمهرة رسائل العرب» للأستاذ أحمد زكي صفوة ج ٣ ـ الرسالة ٢٦، وانظر الملحق بالفصل ٢٢ (ف ٢٢/ ١٢).

كلها مخطوطة ومتفرقة نسخها في البلدان والخزائن لا تصل إليها كل يد، بات من المتعذر أن يستطيع الفقيه المذهبي نفسه أن يحيط بكل ما في كتب مذهبه المتفرقة من آراء وترجيحات. وكان المذهب الحنفي في طليعة المذاهب الفقهية التي تتعذر الإِحاطة بما في مؤلفاتها حول كل مسألة، لسعة رقعة نفوذه، وكثرة مؤلفاته، وغزارة فروعه، وتشعُّب الآراء، واختلاف التصحيح والترجيح فيها، فتمخضت الحاجة الفقهية بعد طول المدى عن **محاولة شبه تقنينية** في المذهب الحنفي في عهد الملك (الامبراطور) المغولي العظيم في الهند محمد أورنك زيب (ومعناه: زينة العرش) الملقب بعالمكير (أي فاتح العالم)، فكان الكتاب الفقهي العظيم الشأن في المذهب الحنفي الذي سمي: **«الفتاوى الهندية» (أو العالمكيرية)**.

وقصة هذا الكتاب باختصار: أنَّ هذا الملك المؤمن التقي الذي وهب نفسه للإِسلام ومجده، وتسنَّم عرش دهلي في عام/١٦٥٨/ ميلادية = أي حوالي/١٠٦٩/ هجرية، وكان عالماً فقيهاً ـ أراد تعبيد الطريق إلى الفقه ليسهل الرجوع إلى أحكامه في الفتيا، ويتيسر التقنين منها لشؤون الإدارة والقضاء، فألَّف في سنة/١٠٧٣/ هـ **«مجلس الفقهاء»** برئاسة الفقيه الملا نظام الدين برهان بورى، ومعه ما يقرب من أربعين فقيهاً من أكابر فقهاء عصره منهم القضاة والمفتون والعلماء الراسخون، وهَيَّأ لهم مكتبة حافلة أمر بجمعها من جميع الأقطار، وأجرى لهم جراية كافية من الرزق ليفرغوا إلى العمل المطلوب، وأمرهم أن يجمعوا أحكام الفقه في شتى الموضوعات، ولا سيما ما يتَّصل بالمعاملات، والقضاء، والإدارة، والتوثيق، تلك الأحكام المبعثرة في شتى كتب الفقه مما لا تصل إليه كل يد، وأن يودعوها في كتاب جامع باللغة العربية تُعرض فيه الأحكام الفقهية بتنسيق وترتيب وتبويب وتنقيح يجعلها سهلة المتناول. وذلك مع عزو كل حكم إلى مرجعه المأخوذ منه. وقد رَصَد لهم ميزانية كافية لتمويل المشروع.

وقد انقسموا لذلك إلى أربع زمر: ترأس الأولى الشيخ وجيه الدين

وعهد إليها بالربع الأول من العمل، وترأس الثانية الشيخ جلال الدين وعهد إليها بالربع الثاني، وترأس الثالثة الشيخ القاضي محمد حسن وعُهِد إليها بالربع الثالث منه، وترأس الرابعة الملا حميد جونبوري وعُهِد إليها بالربع الرابع. والكل يعملون تحت رئاسة الشيخ نظام الدين، فأتمّوا في ثماني سنوات هذا المشروع الجليل الذي تمخض عن كتاب الفتاوى الهندية الآنفة الذكر.

وبما أنَّ المذهب الحنفي هو المذهب السائد في أرجاء الامبراطورية كان هذا العمل مقصوراً على أحكام المذهب الحنفي. ولم تتضمن الفتاوى الهندية الخلافات والآراء الاجتهادية في فقه المذاهب الأخرى. وكان الملك يُشرف بنفسه على سير العمل ويتتبعه يومياً، ويعرض عليه رئيس المجلس كل يوم ما يتم من العمل في اليوم الذي قبله، فكان الملك يبدي عليه ملاحظاته وانتقاده، ويشير إلى ما يبدو له فيه من نواقص لاستكمالها. وكان الإنجاز يمشي بمعدل أربع صفحات تقريباً كل يوم.

وبعد إتمام هذا الكتاب العظيم الجامع لقانون الشريعة.. متمثلاً بالاجتهاد الحنفي، وإطلاقه للنسخ والتعميم (بمثابة الطبع والتوزيع في زمننا اليوم) أصدر الملك مرسوماً أمبراطورياً (إرادة ملكية) بوضع ما تضمنه من أحكام موضع التنفيذ في جميع أرجاء المملكة، والعمل بها في الدوائر القضائية[١].

وهذه المجموعة (الفتاوى العالمكيرية) مطبوعة متداولة اليوم في ستة مجلدات ضخمة، وتعتبر من أعظم وأهم المراجع الموثوقة المعتمدة في المذهب الحنفي.

---

(١) تلخيصاً من محاضرة عن الفتاوى العالمكيرية باللغة الانكليزية للأستاذ أنور أحمد قادري أستاذ القانون في كلية السند للحقوق الإسلامية في العاصمة الباكستانية كراتشي - ترجمها لنا الدكتور برهان الشطي (غير مطبوعة).

وقد وصفنا آنفاً هذا العمل الجليل الخطير بأنه محاولة شبه تقنينية من الفقه الإسلامي، لأنَّ الكتاب المذكور لم يكن من حيث الشكل في صورة قانون بالمعنى المعروف اليوم، بل هو كتاب فقهي جامع للأحكام والمسائل من العبادات والمعاملات، لكنه يشبه إلى حد ما صياغة القوانين إجمالاً في بعض وجوه أسلوب الصيغة القانونية، وفي الخلو من الأدلة الأصولية ومناقشاتها، والاقتصار على قول واحد في حكم المسألة هو القول الراجح في المذهب الحنفي. فبذلك يتقرب من طريق التقنين الآمر، ولكنه يبقى إلى كتب الفقه الفروعية أقرب منه إلى المجموعات التقنينية، ولا سيما في اشتماله على أحكام العبادات التي لا تدخل في التقنين المدني. أما التقنين من الفقه الإسلامي بالمعنى الحديث لكلمة التقنين فقد برز في مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية سنة ١٢٩٣ هجرية، كما تقدم.

١٦/١٢ ـ مجلة الأحكام العدلية، والباعث على وضعها:

الباعث على وضع مجلة الأحكام العدلية وإصدارها بإرادة سنيّة (سلطانية)، لتكون قانوناً مدنياً عاماً في الدولة العلية العثمانية هو ما بيَّنته جمعية المجلة (اللجنة الرسمية) التي أُلِّفت من فقهاء عرب وأتراك، وكلفت وضعها. فقد بيَّنت هذا الباعث في تقريرها الذي رفعته إلى الصدرالأعظم (رئيس الوزراء) عالي باشا في غرة المحرم ١٢٨٦ هـ مصحوباً بباكورة أعمالها، وهي المقدِّمة وكتاب البيوع.

وخلاصة ما جاء في التقرير المذكور عن الباعث على وضع المجلة أنه: لما اتَّسعت المعاملات التجارية وازداد الاتصال فيها بالعالم الخارجي، وهي معاملات ذات طبيعة تستوجب فيها أحكاماً كثيرة استثنائية من الأحكام العامة التي يتألف منها ما يسمى بالقانون المدني، ووضع قانون للتجارة وقانون للعقوبات، وأنشئت محاكم التجارة ومحاكم الجزاء، وكان ما لا نص عليه في قانون التجارة، وكذا الحقوق العادية (المدنية) الناشئة عن الجرائم مرجعها إلى القانون الأصلي وهو الأحكام الفقهية الوافية بجميع

الاحتياجات، ظهرت من ذلك مشكلة جديدة هي أنَّ قضاة تلك المحاكم النظامية ومجالس تمييز الحقوق لا إطلاع لهم على علم الفقه وأحكامه، وهو «بحر لا ساحل له» ولا سيما المذهب الحنفي منه، كما أنَّ الاختلاف الكثير في الآراء الفقهية والروايات ضمن المذهب، وتفاوت أصحابها في الطبقة الاعتبارية جعل تمييز القول الصحيح من الضعيف عسيراً جداً. وهنالك أيضاً اختلاف ناشيء من تبدُّل الزمان والأعراف والعادات بين عصر المتقدِّمين والمتأخرين من الفقهاء، فتمييز الاختلاف الزماني عن الاختلاف البرهاني أمر صعب يحتاج إلى نظر فقهي دقيق. فلذلك دعت الحاجة إلى كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً سهل المأخذ، عارياً من الاختلافات، حاوياً للأقوال المختارة، سهل المطالعة (المراجعة) على كل أحد، واجتمعت الجمعية بموجب الإرادة العلية في دائرة ديوان الأحكام وبادرت إلى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية، مجموعة من الأقوال الموثوق بها في المذهب الحنفي، وسميت «مجلة الأحكام العدلية» ورؤي تصديرها بالقواعد الفقهية لأنَّ لها فائدة كلية في ضبط المسائل.

بدأ عمل اللجنة رسمياً في تحريرها خلال عام ١٢٨٦ هـ وسبقه قبل ذلك عمل إعدادي من قبل (جمعية علمية في إدارة مجلس التنظيمات) حرر فيه كثير من المسائل واستخرجت نصوص فقهية، ولكن لم يبرز شيء منها إلى حيِّز الفعل. ولم ندر كم استغرق ذلك العمل الإعدادي من الزمن كما أنه كان متقطعاً. أما بعد تأليف اللجنة الرسمية على أساس التفرغ والانصراف إلى العمل على وضع المجلة في شكل قانون مدني عام فقد استغرق تحريرها بين سبع إلى ثماني سنوات من خلال عام ١٢٨٦ هـ حتى أواسط عام ١٢٩٣ هـ وكتبت المجلة أولاً باللغة التركية.

وقد كانت اللجنة ترفع ما ينجز تحريره تباعاً كتاباً فكتاباً، فكان أول ما حرر ورفع منها كتاب البيوع مع المقدمة المشار إليها آنفاً.

وكلما أنهت تحرير كتاب تقدِّمُ منه نسخةً لمقام مشيخة الإسلام، وتوزع نسخاً أُخرى لمن له مهارة ومعرفة كافية في علم الفقه، وتتلقى الملاحظات الواردة عليه، وتجري ما يلزم من التهذيب والتعديل في ضوء تلك الملاحظات، ثم تقوم بتبييضه نهائياً وترجمته إلى اللغة العربية وترفعه إلى الصدر الأعظم لتوشيحه بالخط الهمايوني للعمل بموجبه. وآخر كتاب خُتِمَت به المجلة هو كتاب القضاء، وصدرت الإرادة السنية للعمل بالمجلة كلها بجميع ما تضمنته في السادس والعشرين من شعبان ١٢٩٣ هـ.

١٣/١٦ ـ وصف إجمالي للمجلة:

أ ـ المجلة في الحقيقة هي أول تجربة رسمية لقانون مدني (بالمعنى الحديث لكلمة القانون المدني) مأخوذ بكامله من الفقه الإسلامي. فقبلها لم يكن في الدولة العثمانية ـ وما يتبعها من البلاد العربية كسورية وفلسطين والعراق وسواها ـ قانون مدني عام، بل كان القضاء فيها يجري على الصحيح الراجح من آراء فقهاء المذهب الحنفي الذي هو مذهب الدولة.

ب ـ وقد استبعدت عن المجلة ثلاثة أقسام من الفقه:

١ ـ العبادات، لأنَّ المقصود من وضع المجلة خدمة القضاء والقضاة الجدد وتذليل صعوبة المراجعة الفقهية عليهم فيما لا نص عليه في القوانين الاستثنائية. ولا سيما قانون التجارة.

٢ ـ الأحوال الشخصية من الزواج إلى الميراث وما بينهما، لأنَّ فيها كثيراً من اعتبارات الحل والحرمة إلى جانب الحقوق القضائية، فيفضل أن تستقل بقانون يخصها وحدها. وقد أصدرت الدولة العثمانية فيما بعد قانوناً للأحوال الشخصية عام ١٣٣٦ هـ بعنوان: «قرار حقوق العائلة»، مقصوراً على أحكام النكاح والفراق، وأدخلت فيه نظام التفريق القضائي مستمداً من المذهب المالكي.

٣ ـ أحكام العقوبات، لأنها تركت لقانون الجزاء الذي كان صادراً في سنة ١٢٧٤ هـ.

ج ـ أما القواعد الفقهية الكلية التي وضعت في صدر المجلة، وعددها/ ٩٩ فقد كانت كل قاعدة منها أو بضع قواعد تسود وتهيمن بحسب موضوعها على مركز فقهي كبير، كقاعدة (الأمور بمقاصدها) التي تضع أساس اختلاف الأحكام القضائية باختلاف حُسن النية وسوئها في الأفعال والتصرفات؛ وكقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني) التي تضع أساس رعاية قصد العاقدين في تفسير العقود. وفي أواخرها قواعد تنظيم الإثبات المتعلقة بالإقرار والبيِّنات وحدود سريانهما.

وهذه القواعد لها قيمة كبرى في تكوين المَلَكَة الفقهية، والمدارك والمفاهيم القانونية والقضائية، وإن كان تقرير جمعية المجلة قد تضمن تنبيها إلى أنه لا يجوز أن يستند قضاء القاضي إلى شيء من هذه القواعد وحدها دون نص آخر لأنَّ لكل قاعدة في الغالب بعض استثناءات هي أكثر انطباقاً على قاعدة أخرى.

١٦/ ١٤ ـ المجلة في الميزان: يعتبر صدور المجلة في حينها حدثاً عظيماً في تاريخ الفقه الإسلامي وحركة التقنين منه. فبها تحقق حلم ابن المقفع منذ عهد الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور. ولكنها ككل عمل مبتكر في بدايته يكون له مزايا وعيوب، ويجب أن يخضع للتطوير والتجديد.

ونشير فيما يلي بإيجاز إلى مزايا المجلة وعيوبها:

أ ـ من مزاياها:

١ ـ إنَّ المجلة ـ بالنسبة إلى المدونات الفقهية التي كانت هي مرجع القضاء في الدولة العثمانية قبلها ـ قد أقامت فارقاً لم يكن من قبل بين أسلوب الفقه الشارح، وأسلوب التشريع الآمر. فصاغت من الفقه مرجعاً قضائياً صياغة القوانين الحديثة من حيث الترتيب، والترقيم، وطريقة التعبير الآمر، وتسهيل العبارة، والاقتصار على قول واحد مختار للعمل به في كل مسألة دون الأدلة أو المناقشات والاختلافات التي تزخر بها كتب الفقه،

والتي ميدانها الفقه الشارح لا المرجع القضائي، وإن كانت هذه ثروة قانونية وفكرية كبيرة، تنير فكر الدارس والباحث الحقوقي.

ب ـ عيوبها:

للمجلة ثلاثة عيوب بمقاييس النظر الحديث في التقنين. أحد تلك العيوب يعود إلى خطة البيان القانوني، والثاني إلى الناحية الشكلية، والثالث إلى الناحية الموضوعية.

١ ـ فأما الأول **(عيب الخطة)**: فهو أنَّ المجلة اشتملت موادها على إيضاح للمبادىء والأحكام بضرب الأمثلة التطبيقية الطويلة، كما أتت بتعريفات لأمور وأشياء يعتبر تعريفها من قبيل ايضاح الواضحات، كتعريف البائع بأنه هو الذي يبيع، وتعريف المشتري بأنه الذي يشتري، وتعريف المتبايعين بأنهما البائع والمشترى. وكل هذا لا ينسجم مع الطريقة التقنينية الحديثة التي تقضي بأن تتسم الصياغة القانونية بطابع الأمر، باعتبار أنَّ القانون آمر وليس بمعلم. فمدار الإيضاح التطبيقي والتعليمي إنما هو الشروح وليس متن القانون.

ولكن لهذا العيب تغطية هي أنَّ المجلة وضعت لسد حاجة موظفين وقضاة نظاميين معظمهم من الأتراك وليس لهم دراسة شرعية، فحاجة البيئة إذ ذاك تستدعي هذا الصنيع الإيضاحي.

٢ ـ أما العيب العائد إلى **(الناحية الشكلية)** فهي أنَّ المجلة قد اشتملت على أحكام القسم الذي يسمى اليوم: أصول المحاكمات، أو المرافعات، أو الأحكام الشكلية، بينما القانون المدني بمفهومه الحديث لا يتضمن سوى الأحكام الموضوعية دون الشكلية.

وسبب ذلك أنَّ كتب الفقه دُوِّنت فيها أحكام الشكل إلى جانب أحكام الموضوع في أبواب متداخلة. والمجلة سايرت في ذلك المصادر الفقهية التي استمدت منها. وهذا أمر لا يمس جوهر التقنين، وإنما هو قضية فصل

أو جمع بين أجزاء القانون لا تفترق النتائج العملية بين فصلها أو جمعها. فهي من قبيل الذوق العصري في التصنيف القانوني. وقد يأتي يوم يرجع هذا الذوق إلى القديم فيرى جمع القسمين في قانون واحد.

وهذا كما نرى أنَّ قوانين الشكل نفسها إلى اليوم تشتمل على أصول المرافعات وأصول التنفيذ بينما يتَّجه الذوق القانوني اليوم إلى فصل أصول التنفيذ في قانون مستقل.

٣ ـ وأما العيب العائد إلى **(الناحية الموضوعية)** فإنه الأمر المهم، وهو أنَّ المجلة قد التزمت مذهباً واحداً هو المذهب الحنفي.

ولا مراء أنَّ المذهب الاجتهادي الواحد، مهما اتَّسع بأصوله وفروعه وتشعبت نظرياته وتخريجاته، لا يمكن أن يكفي الأمة في حاجاتها التشريعية المتجدِّدة. فالسَّعة الكبرى في قابليات الفقه الإسلامي العظيم إنما تتجلى في مجموع مذاهبه الاجتهادية لا في واحد منها. فكان الواجب أن تستمد المجلة من جميع المذاهب الفقهية أحسن ما في كل منها وأعدله وأجراه مع المصلحة الزمنية وحاجات المجتمع المقبل على تطور كبير في مجالات الاقتصاد والتعامل نتيجة الاتصال الاقتصادي والسياسي والثقافي بين الشرق والغرب الجديد.

ولذا لم يمض على صدور المجلة زمن طويل حتى ظهر عدم كفايتها لوفاء الحاجات العصرية التي نشأت من تولُّد الأساليب الاقتصادية الحديثة في التجارة وفي العمل وسائر نواحي الإنتاج، مما دعا إلى تدارك الحاجة بقوانين متتابعة عديدة كان كل منها ينسخ جانباً من المجلة.

وكان من أبرز ما نُسخ منها أحكام المشارطات العقدية، فإنَّ نطاقها في المذهب الحنفي ضيِّق، والحاجة إليها أصبحت مُلِحَّة، فلجأت الدولة إلى تعديل أحكام بطلان العقود وفسادها والشروط المفسدة، وأطلقت حرية المشارطات العقدية سوى ما يخل منها بالآداب والنظام العام وبعض

مستثنيات أخرى، وذلك بمادة قانونية أزلقتها إزلاقاً في قانون أصول المحاكمات الحقوقية في المادة/ ٦٤ منه.

ولو أنَّ جمعية المجلة لم تقصرها على المذهب الحنفي، بل استمدت فيها من كل المذاهب الاجتهادية ما تراه أصلح وأوفى بالحاجة الزمنية، لما احتيج بعد صدورها بمدة قصيرة إلى إعمال المباضع الجراحية في جسمها وما غادرته فيها من تعطيل أعضاء وتفريغ أحشاء مما أدخل عليها من نسخ ومسخ وتعديل.

ففي مجموع المذاهب الفقهية متَّسع لوفاء الحاجات الزمنية، وكان الاستمداد منها يجعل المجلة أكثر ثباتاً واستقراراً على الزمن. فقد كان الواجب مثلاً في **أحكام المشارطات العقدية** - وهي أهم ما ظهر فيه ضيق المجلة - أن تستمد من مذهب شُرَيح القاضي وابن شبرمة أو المذهب الحنبلي، فإنَّ مذاهب هؤلاء في صحة الشروط التعاقدية وبطلانها يجاري أحسن ما استقرَّت عليه النظريات القانونية الحديثة في ضابط ما يقبل وما يرفض من المشارطات في ضوء المبدأ القائل: «**إنَّ العقد شريعة المتعاقدين**».

وكان من الواجب مثلاً أيضاً في قضية **مالية المنافع**، وتقوّمها في ذاتها، وضمان منافع المغصوب أن تستمد أحكامها من المذهبين الشافعي والحنبلي اللذين يعتبران المنافع أموالاً مضمونة بذاتها كالأعيان. وكان الواجب في **طلب الشفعة** أن تستمد أحكام المدد المسقطة للشفعة والاختلاف في ثمن العقار المشفوع من المذهب المالكي. وكذا تستمد في قضية الشاهد واليمين، وفي رد اليمين على المدعي، وفي عدم تجزؤ الإقرار، من المذاهب الاجتهادية التي تقول بذلك لظهور الحاجة إلى كل ذلك مما هو غير مقبول في حكم المجلة المستمد من المذهب الحنفي.

وهكذا يقال في مواطن وقضايا ومسائل أخرى مما لا يتَّسع المجال لتعداده، كمسألة البيع بما سيستقر عليه السعر في المذهب الحنبلي.

ولكن من الحق أن يقام لجمعية المجلة عذرها، فإنَّ الظرف إذ ذاك لم يكن يتحمل هذه الخطوة عند وضع المجلة، فإنَّ العصبية للمذهب الحنفي في المراكز الرئيسية من الدولة العثمانية وهي المراكز التي وضعت المجلة من أجلها، تلك العصبية لم يكن في ظلها مجال للانفتاح على ما في المذاهب الأخرى من مزايا واجتهادات قيمة معتَبَرة هي في موضوعاتها أصلح حكماً مما في المذهب الحنفي، فإنَّ تلك العصبية المذهبية كانت تُرِي أهل كل مذهب أنَّ ما في غيره من أحكام اجتهادية لم يألفوها كأنها خروج على الشريعة، لأنَّ الشريعة في نظرهم لا يمثلها إلا مذهبهم!!

١٦/ ١٥ ـ مصير المجلة:

في العهد العثماني كان الشعور بقصور المجلة عن الوفاء بالحاجة الزمنية يتزايد في نفوس المسؤولين، ولذا كان النسخ والتعديل يتخطفان منها بين الحين والحين.

ثم في البلاد العربية المنفصلة عن الدولة العثمانية بعد الحرب العالمية الأولى كان الشعور متزايداً بضرورة تغييرها بمجلة أخرى أو بقانون مدني جديد يصاغ من شتى المذاهب ويتلافى القصور والعيوب التي ظهرت في المجلة. ففي **سورية** ألغيت المجلة في سنة/١٩٤٩ على يد قائد الانقلاب العسكري الأول في سورية السيد حسني الزعيم والشياطين التي أحاطت به، وأُحِلَّ محلها قانون مدني أجنبي الأصول، هو القانون المدني المصري الجديد.

وبعد سنوات تلتها **العراق** فألغت المجلة وأحلَّت محلها قانوناً مدنياً أجنبي الأصول أيضاً لكنه رصِّع ترصيعاً في أوله ببعض القواعد الفقهية الكلية التي في مقدمة المجلة، والتي لها قيمة علمية لا عملية ـ كما سبق بيانه بالنسبة إلى المجلة ـ لكي توهم الناظر لأول نظرة أنَّ روح المجلة وريحها منبثان فيه!

وفي **الكويت** كانت المجلة بكاملها أيضاً هي القانون المدني العام

النافذ المطبق قضاء في المعاملات المدنية، إلى جانب فقه المذهب المالكي الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية كما تؤكده وتثبته المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم القضاء الصادر به المرسوم الأميري ذي الرقم/١٩/ لسنة ١٩٥٩، والمذكرة التفسيرية أيضاً لقانون التجارة ذي الرقم/٢/ لسنة ١٩٦١.

ولكن هذا القانون التجاري تجاوز موضوعه وتطاول على المنطقة المدنية العامة التي هي منطقة نفوذ المجلة، فأتي بقواعد وأحكام جديدة للالتزامات أجنبية الأصول، وهي من صميم القانون المدني (لا القانون التجاري الذي يجب أن يقتصر عادة على أحكام استثنائية من القانون المدني العام).

وهكذا كان يبدو أنَّ أحكام المجلة، بل فكرة استمداد التشريع المدني من الفقه الإسلامي، تسير نحو الزوال في البلاد العربية ذاتها!!

ولكن الواقع،أنَّ شعور الشعوب القوي بضرورة الحفاظ على هويتها الإسلامية وتراثها الفقهي العظيم، ثم انعقاد مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي في كلية الحقوق الفرنسية بباريس في ١٩٥١، ثم انعقاد دورته الثانية بدمشق أيام الوحدة بين سورية ومصر عام ١٩٦١، والبحوث المهمة التي قُدِّمت في هاتين الدورتين وما أُبرز فيهما من مزايا الفقه الإسلامي، ثم قيام مشروع الموسوعة الفقهية، وسوى ذلك من التطورات التي سنذكرها في الفصل التالي عند الحديث عن الدور الفقهي الثامن، كل ذلك قد جدَّد العزم على التقنين من الفقه الإسلامي. فظهرت قوانين مدنية كاملة مستمدة من الفقه، وتتلافىٰ كثيراً من وجوه القصور التي لحظت في مجلة الأحكام العدلية.

وسنذكر ذلك بإيجاز في نهاية الفصل التالي **(فقرة التقنين من الفقه)** ثم نفصِّله في الفصل الثاني والعشرين وملاحقه عند الحديث عن القوانين المدنية وفضل بنائها من الفقه الإسلامي.

الفصل السابع عشر

الدور الفقهي الثامن

من بعد الحرب العالمية الثانية إلى اليوم

١/١٧ ـ مقدمة:

إنَّ الاستعمار الذي كان من أهدافه قطع الشعوب التي رَزَحت تحته عن أصالتها وماضيها، وإماتة الإحساس بشخصيتها، قد أيقظ زواله بعد الحرب العالمية الثانية الشعور بالذات لدى الشعوب الإسلامية بوجه عام، والعربية بوجه خاص. فقامت حركات في مصر وفي سورية والعراق، وفي باكستان، وكذا في الشمال الإفريقي: ليبيا وتونس والجزائر والمغرب، تطلب الرجوع إلى الأصالة الإسلامية وسيادة الفقه الإسلامي.

وفي الوقت نفسه قام في وجه هذه الحركات تيارات معاكسة (ولا سيما من غير المسلمين) تطالب ببقاء الوضع الذي خلَّفه الاستعمار تشريعاً وإدارة.

وكان من حجج هذه الفئة الثانية عدم وجود قانون مدني حديث كامل جاهز مستمَد من الفقه الإسلامي، ليسهل على القضاة ودارسي القانون الوضعي الرجوع إليه.

وكانت الفئة الأولى تؤيِّدها الجماهير الشعبية، والفئة الثانية تمالئها الحكام والعلمانيون. وخلال ذلك صيغت دساتير جديدة لبعض البلاد العربية المستقلة حديثاً، وُضِعَت فيها ـ رعاية لصوت الجماهير ـ نصوص على أنَّ دين الدولة الإسلام، وفي بعض آخر نصوص على أنَّ الفقه الإسلامي هو

مصدر التشريع، وفي بعض آخر نصوص على أنَّ الفقه الإسلامي هو مصدر رئيسي، أو هو المصدر الرئيسي للتشريع.

وفي إثر ذلك بدأت المطالبات بوضع قانون مدني حديث مستمَد من الفقه الإسلامي. وبدأت اهتمامات، على صعيد الأفراد من فقهاء الشريعة والقانون بوضع نماذج تنفيذية لذلك، وتلاها بعض اهتمامات على الصعيد الرسمي: فمثلاً، أوفدت وزارة العدل السورية سنة/١٩٤٩/م أحد كبار القضاة إلى مصر، وزوَّدته بكتاب إلى الدكتور عبد الرزاق السنهوري القانوني الشهير (واضع القانون المدني المصري الجديد والذي اتَّجه إلى دراسة وتدريس الفقه الإسلامي) ليتعاونا في وضع قانون مدني مستمَد من الفقه الإسلامي.

ثم صادف أن وقع في العام نفسه أول انقلاب عسكري في سورية أطاح بالحكم الدستوري، واختلَّت فيه الموازين، وألغي مشروع القانون المدني المستمَد من الفقه الإسلامي، وأخذ بدلاً منه القانون المصري الأجنبي الأصول. لكن تيار المطالبة بالرجوع إلى الأصالة والسعي الدؤوب لتحقيق ذلك المشروع ظل قوياً في سورية ومصر وعدد من البلاد العربية والإسلامية. وقد تمخض هذا الاتجاه العصري ـ نحو تجديد الفقه والاستمداد منه ـ عن نتائج ونشاطات عظيمة الأهمية سنوجزها فيما يلي:

١٧/ ٢ ـ الدعوة إلى الاجتهاد الجماعي، ونشوء المجامع الفقهية:

كانت فكرة قانون مدني إسلامي حديث مستجيب لحاجات العصر الجديد تتطلَّب أمرين لا بد منهما:

ـ الاستمداد من الفقه الإسلامي بمفهومه العام، أي بجميع مذاهبه ومدارسه المعتبرة، دون الاقتصار على مذهب واحد كما صيغت المجلة في أواخر العهد العثماني من المذهب الحنفي فقط.

ـ التخريج الجديد على أصول الفقه ومقاصد الشريعة، واللجوء إلى

استخدام القياس والاستحسان والاستصلاح فيما سكتت عنه المذاهب الفقهية في نصوصها القديمة، من قضايا الساعة والأمور المستجدة، كعقد التأمين وشركات المساهمة (الأنونيم) وسواهما.

وهذا يستلزم ممارسة الاجتهاد، كما فعل فقهاء السلف فيما واجهوا من المستجدات. فلا بد أن ينفخ الروح في الاجتهاد من جديد بعد أن أُقفل بابه منذ القرن الخامس الهجري.

وإذا كانت المخاوف السابقة إذ ذاك من الاجتهاد الذي كان يمارسه الأفراد قد أوجبت ذاك التدبير الوقائي بإقفال بابه، كما سبق بيانه، فإنَّ العلاج في نقله من عهدة الأفراد إلى عاتق الجماعة، فيصبح الاجتهاد جماعياً يمارسه فقهاء العصر الثقات بطريق الشورى فيما بينهم بعد أن كان فردياً يمارسه كل فقيه بمفرده. فبذلك تتحقق ثمرات الاجتهاد، إذ لا يمكن أن يلبي الفقه حاجات العصور دونه، وتنتفي بذلك محاذير الاجتهاد الفردي التي دعت إلى إقفال بابه.

ومن هنا نبتت فكرة إنشاء مجمع فقهي يضم نخبة من فقهاء العصر في مختلف البلاد الإسلامية، يكون له مكتب دائم، ودورات اجتماع سنوية تقدَّم فيها البحوث، وتناقش قضايا الساعة وتُقَرَّر فيها الحلول المناسبة في ضوء أصول الشريعة ومقاصدها العامة، وآراء الفقهاء السابقين وحاجة العصر.

وقد كان من ثمرة هذه الدعوة والاتجاه انعقاد مؤتمرات للفقه الإسلامي نذكر منها.

أ ـ أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق في شوال ١٣٨٠هـ (= نيسان ١٩٦١م).

ب ـ مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر في القاهرة، ١٩٦١م.

ج ـ مؤتمر مدينة البيضاء في ليبيا الذي دعت إليه الجامعة الليبية.

د ـ مؤتمر الفقه الإسلامي في الرياض عام ١٣٩٦هـ (= ١٩٧٦م) بدعوة من

جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية.

أما في موضوع المجمع فقد أُنشىء أولاً (مجمع البحوث الإسلامية) في الأزهر عام ١٩٦١م. ثم أنشأت رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة (المجمع الفقهي الإسلامي) وعقدت دورتَه الأولى في شعبان ١٣٩٨هـ (منتصف ١٩٧٨م)، ثم أنشأت منظمة المؤتمر الإسلامي (مجمع الفقه الإسلامي) الذي عقد دورته الأولى في مكة المكرمة في شهر ٢/ ١٤٠٥ هـ (= ١١/ ١٩٨٤ م) ويضم هذا المجمع عضواً عاملاً من كل دولة من دول منظمة المؤتمر الإسلامي.

ولكل من هذه المجامع الفقهية الثلاثة مكتب دائم، وتعقد لها دورات سنوية تعالج قضايا مهمة لتحديد موقف الفقه الإسلامي منها وحكمه فيها جوازاً أو منعاً.

ومن أمثلة الموضوعات التي عُنِيت بها تلك المجامع وأصدرت فيها قرارات:

- زراعة الأعضاء الإنسانية، والتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب.

- تحديد أوقات الصلاة في البلدان القريبة من القطب الشمالي، وبدايات الشهور القمرية.

- حقوق الملكية الأدبية والفكريه، والاستملاك للأغراض العامة.

- الزكاة على الصيغ الحديثة من الثروة.

- الكثير جداً من القرارات المتَّصلة بالأمور الاقتصادية والمصارف الإسلامية والأسواق المالية.

وتصدر هذه المجامع مجلات علمية تتضمن البحوث المقدمة لدورات المجمع والمناقشات، والقرارات الصادرة.

وهكذا بُعِثَ الاجتهاد من مرقده في صورة اجتهاد جماعي[(١)].

ويلاحظ أنَّ المجامع السابقة هي دولية بمعنى أنها تضمُّ أعضاء من دول متعدِّدة. وهناك مجامع وطنية أبرزها مجلس الفكر الإسلامي في باكستان الذي نُصَّ على إنشائه في الدستور منذ أوائل الخمسينيات، ونشط منذ أوائل السبعينيات، وهو يضم علماء من مدارس الفقه المتعدِّدة، ويقدم توصياته الشرعية في شأن جميع التشريعات التي تعرض على البرلمان (المجلس الوطني). وكان من أعظم منجزات هذا المجلس الخطة التفصيلية التي أعدها خلال أكثر من سنتين، ثمَّ قدمها للحكومة في حزيران/ ١٩٨٠ م عن كيفية إلغاء الفائدة الربوية من الاقتصاد الباكستاني وإحلال معاملات شرعية بديلة محلها. واستعان المجلس في إعداد هذه الخطة بمجموعة من الخبراء الاقتصاديين والمصرفيين. كما أنَّ المجلس ساعد في صياغة القانون المهم الخاص بتطبيق الزكاة في باكستان والذي صدر في حزيران ١٩٨٠ م.

هذا، وجدير بالذكر والتنبيه أنَّ المجامع الفقهية المذكورة، في جميع القضايا التي يتوقف الحكم الفقهي فيها على معلومات من علوم أخرى كالطب، والفلك، وعلم الحياة (البيولوجيا) تدعو الاختصاصيين بتلك العلوم لسماع معلوماتهم وخبرتهم وآرائهم وتسجيلها، ثم يبني أعضاء المجمع قرارهم بالإجماع أو بالأكثرية عن الحكم الشرعي في القضية موضوع البحث بناء على الحقائق العلمية التي شرحها الاختصاصيون.

١٧/ ٣ ـ التجديد في أسلوب تدريس الفقه والتأليف فيه.

منذ إنشاء كليات للشريعة الإسلامية في الجامعات بعد زوال الاستعمار، وقيام جامعات إسلامية كاملة، أخذ تدريس الفقه والتأليف فيه

(١) أول من كتب في موضوع الاجتهاد الجماعي والحاجة إليه في هذا العصر فيما أعلم هو الكاتب الإسلامي الكبير المؤرِّخ رفيق بك العظم قبل أكثر من نصف قرن في رسالة صغيرة نشرها في مصر بعنوان: **«قضاء الفرد وقضاء الجماعة»**.

طوراً جديداً. ذلك أنَّ الكتب المذهبية القديمة التي كانت مؤلفة للتعليم بأسلوبه القديم، أو كمرجع للعلماء، ليست ملائمة لحاجة التدريس الجامعي في هذا العصر. فانبرى أساتذة الفقه في كليات الشريعة إلى وضع مؤلفات حديثة في الفقه لملاءمة حاجة الطلاب في مراحل الدراسة العالية والعليا. فلمرحلة الإجازة (البكالوريوس) أسلوب تعليمي، ولمرحلة الدكتوراة أسلوب تعمقي في موضوعات خاصة. وبذلك وجدت رسائل ماجستير ودكتوراه في موضوعات فقهية كثيرة، تستوعب كل موضوع وتناقشه بتعمُّق من مختلَفِ جوانبه، وتغني الباحثين والمراجعين، وأصبحت تعدُّ بالعشرات، وبعضها في الفقه الدستوري كنظام الحكم والشورى، وفي الفقه الاقتصادي، وحقوق السلم والحرب في الإسلام (القانون الدولي الإسلامي)، وفي حقوق الإنسان، وحقوق المرأة.

١٧/ ٤ ـ الانفتاح على المذاهب، والاهتمام بالفقه المقارن.

إنَّ التجديد في تدريس الفقه والتأليف فيه في الجامعات قد صاحبه الانفتاح على المذاهب الفقهية جميعاً، الأربعة الممثلة لفقه أهل السنة، والأربعة الأخرى التي سبقت الإشارة إليها في موضعها بل وعلى آراء الصحابة والتابعين وسائر فقهاء السلف الذين لم تدوَّن مذاهبهم تدويناً كاملاً وإنما نقلت لهم آراء في موضوعات شتى في كتب اختلاف الفقهاء كالأوزاعي والليث بن سعد وابن شُبْرمة وابن أبي ليلى، والحسن البصري وسفيان الثوري وغيرهم، للاستفادة من آرائهم فيما نقل عنهم.

هذا الانفتاح قد أزال العصبية المذهبية التي كانت بين أتباع المذاهب في الماضي مما سبقت الإشارة إليه، وأصبحت الدراسة الفقهية في الجامعات تُظهر للطالب مزايا المذاهب المختلفة وما فيها من ثروة فقهية، وتنمية فكرية، وتوسعة للمدارك بمناقشة الأدلة، وتيسير على المكلف في التطبيق، وتسهيل على أولياء الأمور لعملية التقنين من الفقه الإسلامي أن يختاروا في كل موضوع من كل مذهب ما هو أنسب وأوفى بالحاجة الزمنية والمكانية.

١٧/ ٥ ـ الانفتاح على القانون والدراسات الفقهية المقارنة به.

ومن أهم ما أسفر عنه الاتجاه العصري في تجديد الفقه، جانب جديد عظيم الأثر في خدمة الفقه وإبراز جوهره الأصيل ومكنوناته النفيسة التي كانت محجوبة في كتبه المذهبية القديمة بأسلوبها المعقَّد الذي لم يعد يفهمه إلا من نشأ وعاش في أحضانها، وتغذى بلبانها، وتلقى لغتها واصطلاحاتها الخاصة كما يتلقى الطفل في أسرته لغة الأم، وبخاصة كتب المتأخرين من فقهاء المذاهب.

ذلك الجانب الجديد هو فتح نافذة على القانون الوضعي، والإطلال منها على آراء علماء القانون في كل موضوع من فقه المعاملات، مما يفيد في تدريس الفقه الإسلامي بالجامعات، وتأليف كتبه الحديثة لطلابها.

ذلك أنَّ الانفتاح على المذاهب الفقهية، والاطلاع على ما فيها من آراء ونظريات ومبادىء فيها النفيس الكثير المفيد، قد جرَّ إلى فتح هذه النافذة على علم القانون الوضعي، ورؤية ما فيه من نظريات ومبادىء، وطريقة عرض مبسَّطة ميسَّرة، لا تعقيد فيها ولا وعورة.

وقد كان هذا الاتصال بين الفقه والقانون الوضعي ذا ثمار طيبة، وساعد على عرض الفقه مقارناً بالقانون في المؤلفات والبحوث ورسائل الدكتوراه، بالأسلوب الذي يفهمه رجال القانون وباللغة والعناوين المألوفة لديهم، ولم يكونوا يعرفون مقابلها في الفقه الإسلامي، وزالت الوحشة الشديدة التي كانت بين فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء القانون في النصف الأول من هذا القرن.

وفي الخمسينيات من هذا القرن أُدخل تدريس مبادىء علم القانون وموحز النظرية العامة للالتزامات من القانون المدني في بعض كليَّات الشريعة.

ويلفت النظر أكثر من ذلك أنه قد صدر في سورية قانون يشترط في

تعيين القضاة الشرعيين أن يكونوا حاصلين على شهادة الإجازة في الحقوق (بكالوريوس في القانون). ومن ثم أصبح كل من يرغب في القضاء الشرعي مضطراً أن يدخل كلية الحقوق ويتخرَّج منها، وأصبح القاضي الشرعي يضاهي قاضي المحاكم النظامية في كل شيء، بل قد يفضله لأنه درس دراسته ويزيد عليه بثقافته الشرعية. وهذا التدبير لم يحصل مثله في البلاد العربية الأخرى.

٦/١٧ ـ مشروع الموسوعة الفقهية.

بعد أن أنشئت كلية الشريعة الإسلامية بالجامعة السورية (جامعة دمشق حالياً) في عام/ ١٩٥٤ م كان من باكورة نشاطها تنفيذ توصية أسبوع الفقه الإسلامي بباريس بشأن تأليف موسوعة فقهية. فألَّفت الكلية لجنة لهذا المشروع عام/ ١٩٥٦ م وبدأت اللجنة أعمالها باستخراج الألفاظ العنوانية لموضوعات الفقه ومسائله وأحكامه من مختلف كتب المذاهب الأربعة لتكوين الهيكل اللفظي للموسوعة التي ستُعرض فيها جميع أحكام الفقه في المذاهب الأربعة مرتَّبة بترتيب حروف الهجاء لكلماتها العنوانية، فيستطيع من يشاء مراجعتها ومعرفة ما في المذاهب عن كل موضوع فقهي بمجرد الرجوع إلى كلمته العنوانية بترتيبها الهجائي، تيسيراً على غير المختصين الذين لا يعرفون موضع المسائل في كتب كل مذهب.

وفي عهد الوحدة بين مصر وسورية عام/ ١٩٥٨ م أُلِّفت لجنة مشتركة بين القطرين للتعاون على هذا المشروع العظيم. ثم بانفصال الوحدة عام ١٩٦١ م توقف العمل، ثم تويع المشروع ببطء في مصر، ثم في عام ١٩٦٦ م قررت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في دولة الكويت أن تتبنّى المشروع، وألفت له جهازاً، ومشت فيه خمس سنوات بخطى سريعة. وقد أثار ذلك حماس وزارة الأوقاف في مصر لمتابعة المشروع لديها. فنشطت في تنفيذه. وهكذا قام مشروعان للموسوعة الفقهية، أحدهما في مصر والثاني في الكويت. وقد صدر من كل منهما حتى (١٤١٤ هـ =

١٩٩٤ م) أكثر من عشرين مجلداً، ولم يبلغ كل منهما في موضوعاته منتصف الحروف الهجائية[1].

وإذا كُتِبَ لهذا المشروع التمام، وأصبحت الموسوعة الفقهية في المكتبات العالمية، وتُرجمت للغات البلاد المعنية بالقانون، فستكون هذه الموسوعة مدداً من الفقه الإسلامي غزير المادة وميسَّراً للمتشرِّعين، يحسب له حساب كبير بين مصادر التشريع في عالم المستقبل، وليس في البلاد العربية والإسلامية فحسب.

٧/١٧ ـ فقه الأعمال المصرفية وطرق الاستثمار الإسلامية:

ظهر في العالم الإسلامي وخارجه منذ منتصف السبعينيات وحتى اليوم عشرات من المصارف والمؤسَّسات المالية والاستثمارية التي ترغب في الالتزام بالشريعة الإسلامية في أعمالها، وبخاصة فيما يتصل بتحريم الفوائد الربوية المصرفية أخذاً وإعطاءً. كما برز توجُّه قوي في عدد من الدول في العالم الإسلامي للتخلُّص من الفوائد في نظامها المصرفي كله.

وشكَّل هذا التطور تحدّياً كبيراً للفقه الإسلامي وللفقهاء أن يمارسوا الاجتهاد ويطوروا صيغاً عملية للتمويل والاستثمار مقبولة شرعاً وناجعة اقتصادياً.

ونلاحظ أنَّ استجابة الفقهاء لهذا التحدي المعاصر كانت جيدة جداً وتعبر تعبيراً عملياً عن المنهج العصري نحو التجديد في الفقه:

أ ـ فقد أُنشئت في كثير من المصارف الإسلامية هيئات شرعية تمارس الاجتهاد الجماعي بصورة مصغرة. كما برز هذا النوع من الاجتهاد من خلال عشرات المؤتمرات وحلقات العمل المتخصِّصة التي عقدتها تلك المصارف، والتي أصدرت كثيراً من التوصيات والفتاوى الفقهية المحددة.

---

(١) الآن حين هذا الإخراج الجديد لهذا المدخل الفقهي عام ١٤١٧هـ = ١٩٩٧م بلغ ما أخرج من الموسوعة الكويتية خمسة وثلاثين جزءاً ووصلوا بها إلى حرف اللام فقاربت الانتهاء.

ب ـ وبرز في النشاط الفقهي في هذا المجال الانفتاح الكامل بين المذاهب، إذ لا تتقيد أي من الهيئات الشرعية في المصارف الإسلامية بمذهب معين، بل جميعها تستهدي في اجتهاداتها وفتاواها بجميع المذاهب.

١٧/٨ ـ التقنين من الفقه الإسلامي:

منذ أن وضع في دساتير البلاد العربية بعد استقلالها نص على أن الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع ـ كما سبقت الإشارة إليه ـ بدأت مطالبات بتوفيق القوانين القائمة مع أحكام الفقه الإسلامي وتغيير ما يخالف. وركزت المطالبات في مصر وفي سورية والعراق والأردن على وضع قانون مدني حديث مستمد من الفقه الإسلامي بمعناه الواسع، كما سبق بيانه.

وقد تحقَّقت هذه الفكرة في بعض البلاد العربية وهي الأردن الذي كان رائداً في ذلك، ثم دولة الإمارات العربية والسودان. كما بدأ إعداد مشروع قانون مدني عربي موحَّد مستمد من الفقه الإسلامي، وأنجز فعلا قسم مهم منه، وسنبيِّن ذلك كله في الفصل الثاني والعشرين وملاحقه عن القوانين المدنية وفضل بنائها من الفقه الإسلامي.

البَابُ الرَّابع

حَوْلَ اسْتِمْدَادِ التَّقْنِينِ المُعَاصِر
مِنَ الفِقْهِ الإسْلامي

مخطط الباب الرابع

الفصل الثامن عشر: الاتجاه العصري للاستفادة من الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه.

ملحق بهذا الفصل: أمثلة معاصرة للتقنين.

الفصل التاسع عشر: ضرورة اختلاف الاجتهادات وقيمته.

الفصل العشرون: مَزيَّة الصفة الدينية في الفقه الإسلامي.

الفصل الحادي والعشرون: مشكلات عصرية يواجهها تطبيق الشريعة الإسلامية اليوم.

ملحق أول بهذا الفصل: حول عقوبة جريمة الزنىٰ.

ملحق ثاني بهذا الفصل: مشكلة نظام الفائدة الربوية.

الفصل الثاني والعشرون: القوانين المدنية في البلاد الإسلامية وفضل بنائها من الفقه الإسلامي.

ملحق أول بهذا الفصل: مقررات مؤتمرات دولية عن الفقه.

ملحق ثاني بهذا الفصل: تقنين الفقه الإسلامي والتقنين منه.

ملحق ثالث بهذا الفصل: النظام الجنائي وفق الشريعة.



الفصل الثامن عشر

الاتجاه العصري للاستفادة

من الفقه الإسلامي كافة بجميع مذاهبه

١٨/ ١ ـ تبدو اليوم في كثير من البلاد من العالم العربي والإسلامي، التفاتة نحو الفقه الإسلامي بأجمعه للاستفادة من مذاهبه.

والمفكرون الذين درسوا الحقوق الحديثة واطّلعوا على القوانين الوضعية المحلية في هذه الأقطار العربية، وعلى كثير من القوانين المدنية الأوروبية، عندما يلقون بأبصارهم إلى أبعد من المذهب الحنفي أو الشافعي أو غيرهما، ويقارنون تلك القوانين بما أوجدته مجموعة الاجتهادات الإسلامية من آراء ونظريات وفقهٍ خصيب، يجدون أن الضيق عن الحاجات التشريعية العصرية ليس هو في الفقه الإِسلامي عامة، وإِنما هو في كل مذهب فردي على حدة.

وما يضيق عنه المذهب الواحد ونظرياته ففي مذهب آخر سَعَة منه وعلاج. ولم يوجد تشريع كَثُرَت فيه الاجتهادات واتّسعت الآراء كالتشريع الإِسلامي.

وهذه المذاهب ـ سواء منها الأربعة المدوَّنة بكاملها التي سلف ذكرها، وما كان منها لم يدوَّن بكامله، وإنما نقلت آراء أصحابه في كتب الاختلاف الفقهي نقلاً صحيحاً ـ هذه المذاهب كلها نسبتها إلى الشريعة الإسلامية متساوية. فآراء فقهاء الصحابة ومن بعدهم من التابعين وتابعيهم، كابن أبي ليلى، وابن شبرمة، ومكحول، والأوزاعي، والحسن البصري،

وسعيد بن جبير، وكثير غيرهم، لها من القيمة والاعتبار ما لآراء أبي حنيفة ومالك، والشافعي، وابن حنبل.

وليس من المحتَّم أن يأخذ كل قطر مذهب أحد المجتهدين بكامله، بل يمكن أن يأخذ من قواعد كل مذهب وأحكامه ما يرى أنه الأليق بالمصالح الزمنية.

وقد ظهرت هذه الحاجة إلى فقه المذاهب الأخرى لجمعية المجلة نفسها.

ويشعر بذلك ما جاء في تقرير لائحة الأسباب الموجبة التي صُدِّرت بها المجلة، من بحث الجمعية المذكورة عن مذهب ابن شبرمة في اعتبار الشروط مطلقاً في العقود، ومن المناقشات التي جَرَت حول الأخذ بمذهبه، ثم ترجيحها الاقتصار في ذلك على المذهب الحنفي لتوسطه ولعدم الحاجة (في نظرهم) إلى الأخذ بمذهب ابن شبرمة، لأنَّ الاجتهاد الحنفي يعتبر ويصحح كل شرط جرى عليه العرف إذا لم يكن هناك نص يمنعه بخصوصه ولا ينافي مقاصد الشريعة العامة.

٢/١٨ ـ بدء تنفيذ الفكرة في تقنين الأحوال الشخصية:

ثم بدىء رسمياً بتنفيذ هذه الفكرة، فكرة الاستفادة من مختلف المذاهب الفقهية، عن طريق التقنين في أحكام الأحوال الشخصية أواخر العهد العثماني، إذ وضعت الحكومة العثمانية قانون حقوق العائلة في سنة ١٣٣٣ رومية، وأخذت فيه من المذهب المالكي حكم التفريق الإجباري القضائي بين الزوجين عن طريق التحكيم المنصوص عليه في القرآن عند اختلافهما، وتوسَّعت فيه. وبذلك مكنت المرأة أن تتخلَّص من زوج السوء بطلبها التفريق، كما يتمكن الرجل أن يتخلَّص من امرأة السوء بالتطليق، كما أخذت أحكاماً إصلاحية أخرى من مذاهب أخرى.

وقد أخذ القانون المذكور أيضاً من مذهب مالك إطلاق حرية الزواج

لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقدانه، بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في العمر، فتبقى زوجة المفقود معلَّقة حتى شيخوختها.

٣/١٨ ـ ثم حذت الحكومة المصرية في قضية التفريق وزوجة المفقود هذا الحذو في سنة ١٩٢٠م.

ثم في سنة ١٩٢٩م خَطَت الحكومة المصرية خطوة واسعة في الأخذ من مختلف الاجتهادات مما وراء المذاهب الأربعة، فأصدرت قانوناً تحت رقم/ ٢٥/ ألغت فيه تعليق الطلاق بالشرط في معظم حالاته، كما اعتبرت تطليق الثلاث أو الثنتين بلفظ واحد طلقة واحدة عملاً برأي ابن تيمية ومستنده الشرعي، وذلك بإقرار مشيخة الأزهر للتخلُّص من مآسي الطلاق المعلَّق وطلاق الثلاث، مما يرتكبه جُهَّال الرجال وحمقاهم في ساعات النزاع أو الغضب، فيخرجون عن حدود السنَّة والمقاصد الأساسية في الطلاق المشروع[1]، ثم يلتمسون المَخْرَج منه بشتى الحِيَل والوسائل الدنيئة بعد الوقوع، مما يعرفه أهل العلم.

* (١) الطلاق قد شرع في الإسلام طريقاً لانحلال الزوجية عند تعذُّر العشرة الصالحة بين الزوجين.

فإذا عَلَّق الزوج الطلاق، بأن قال مثلاً: إن لم يفعل كذا، وإن لم يكن قد حصل الأمر الفلاني فامرأته طالق، يكون قد استعمل الطلاق لتقوية عزيمته على فعل، أو لتأكيد خبر، مكان القسم بالله، لأنَّ هذه التأكيدات قد شرع لها القسم بالله لا الطلاق.

فيكون الرجل بذلك قد أساء باستعمال الطلاق في غير ما شُرع له، وخرج به عن مقاصده الشرعية.

ومعظم مآسي الطلاق إنما يقع فيها الناس بطريق تعليق الطلاق على أفعالهم أو أفعال نسائهم أو غيرهن من أكل أو شرب أو ذهاب أو إياب أو زيارة أو تكليم شخص أو لبس ثوب إلخ. . لأجل الحمل على الفعل أو المنع عنه، بحسب كون الشرط المعلّق عليه من هذه الأفعال سلبياً أو إيجابياً (نحو: إن فعلت كذا، أو إن لم أفعل). بل كثيراً ما يعلّقون الطلاق على أفعال بينهم وبين أصدقائهم أو أعدائهم لا دخل لنسائهم =

١٨/ ٤ ـ ويرى بعض المفكرين من علماء العصر أنَّ مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تُعتبر كمذهب واحد كبير في الشريعة، وكل مذهب فردي منها كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وغيرها يعتبر في هذا المذهب العام الكبير كالآراء والأقوال المختلفة في المذهب الفردي الواحد، فيرجِّح علماء الأمة ويختارون منها للتقنين في ميدان القضاء والفتيا ما هو أوفى بالحاجة الزمنية ومقتضيات المصلحة في كل عصر. وهذا رأي سديد[1].

= فيها، فيقع فعل الشرط المعلَّق عليه، وتفاجأ المرأة بطلاق مشتِّت للأسرة لم تكن جانية لسببه ولا علم لها به، وقد يكون الطلاق المعلَّق ثلاثاً لا بقاء بعده ولا لقاء.

وكل ذلك منشؤه انحراف الناس بالطلاق منذ القديم عن أسلوبه وهدفه الشرعيين، واستعمالهم إياه معلقاً لتقوية العزيمة على فعل أو على ترك، بدلاً من القسم بالله، وذلك في غير ما شُرع الطلاق لأجله، بل في عكس غايته الشرعية التي تدل النصوص القرآنية على حدودها.

* والعلماء عن ذلك غافلون ومستسلمون لهوج الناس وجهلهم في تغيير الطريق المشروع في أخطر موضوع.

وقد تخلَّصت البلاد المصرية من هذه المآسي بمنع الطلاق المعلَّق وإلغائه قضاء إذا كان لم يقصد بتعليقه سوى الحمل أوالمنع (أي الحث على فعل أو ترك).

وهذا التدبير في مصر لو لم يكن له مستَنَد من المذاهب الفقهية القديمة التي نقلها ابن القيم في «**إعلام الموقعين**» عن كبار فقهاء الصحابة لوجب على علماء الأمة اليوم أن يقرروه بطريق الاستحسان أو الاستصلاح، رداً للناس إلى الجادة الشرعية في استعمال الطلاق، وقضاءً على مآسي جهالتهم فيه.

(١) وأخيراً صَدَر في سورية ١٩٥٣ م (بعد الطبعة الثالثة من هذا المدخل الفقهي) قانون عام للأحوال الشخصية جامع لجميع أحكام الأسرة في أبوابها الأربعة:

ـ **الزواج**، وما يتفرَّع عنه من نفقة ونَسَب وحضانة وطلاق وتفريق وعدة إلخ..

ـ **الأهلية**، والوصاية، وما يتفرَّع عنها من نيابة شرعية عن القاصرين في شتى صورها كالولاية، والقوامة إلخ...

ـ **الوصيَّة**، وما يتعلَّق بها من شرائط وأحكام.

ـ **الميراث**.

وقد كنت أحد أعضاء اللجنة الرسمية التي عهدت إليها الحكومة السورية بوضعه، فاستمددنا أحكامه من الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه وآرائه، واقتبسنا جميع تلك الأحكام الإصلاحية التي أخذ بها قانون حقوق العائلة العثماني من قبل، والقوانين =

. . . .

= المصرية المتفرّقة التي تناولت قضايا مختلفة من أحكام الأحوال الشخصية أشرنا إلى بعضها آنفاً كقضية زوجة المفقود، والطلاق المعلّق، وطلاق الثلاث، ومدّة الحمل، وميراث الإخوة مع الجد، والمسألة المشتركة (ر: ف ٤/ ١٠)، وقاعدة ميراث ذوي الأرحام، والقضية المعروفة بقضية «ابن المحروم» والوصية الواجبة، وغير ذلك فكان قانوننا هذا أول قانون كامل من نوعه في العالم الإسلامي كله بشموله تقنين جميع أحكام الأحوال الشخصية، وبما تضمنه فيها من أحكام إصلاحية وخطوات تقدميّة نيِّرة ضمن جادّة الشريعة وحدودها.

وقد جاء هذا القانون في موضوعه خير برهان عملي على ما في الفقه الإسلامي بمعناه الواسع في مختلَف مذاهبه وأصوله من كفاية وقابلية للاستجابة إلى شتى الحاجات التشريعية الزمنية.

وقد أسلفنا الإشارة في بحث الاستصلاح إلى هذا القانون وأنه نسخ قانون حقوق العائلة العثماني لدينا وحل محله (ر: ف ٥/ ١٢ الحاشية). وسنشير في ملحق هذا الفصل إلى مشروعين حديثين لتقنين الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه دون الاقتصار على مذهب واحد.



ملحق بالفصل الثامن عشر

أمثلة معاصرة للتقنين

من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه

ـ ١ ـ

مشروع قانون الأحوال الشخصية

لمصر وسورية في عهد الوحدة بينهما

١٨/ ٥ ـ في عهد الوحدة التي أقيمت بين سورية ومصر (١٩٥٨ ـ ١٩٦١ م) تقرَّر بين القادة في القطرين توحيد بعض القوانين التي تقتضي الحاجة العلمية توحيدها. وتناول هذا الاتجاه أربعة قوانين على رأس قائمتها قانون الأحوال الشخصية.

وأُلفت لكل قانون لجنة ثلاثية مشتركة من ذوي الاختصاص. وقد اختاروني لرئاسة لجنة الأحوال الشخصية، ومعي مفتي مصر ووكيل مجلس الدولة المصري أعضاء، فوضعنا مشروعاً كاملاً لقانون موحَّد للأحوال الشخصية شاملاً لجميع أبوابه من النكاح إلى الميراث وما بينهما من أبواب وفصول. وعالجنا فيه جميع العلل والمشكلات التي تعاني منها حياة الأُسرة الإسلامية، سواء منها ما يتعلَّق بأحكام الزواج أو الطلاق، أو الحضانة والنفقة، أو الوصايا أو الميراث.. وسألنا القضاة الشرعيين عن المشكلات التي تقام بشأنها دعاوى لديهم من أحد الزوجين، ووضعنا في مشروع القانون المذكور أحكاماً تعالج وتحل معظم المشكلات في حياة الأسرة دون أن نتقيَّد بمذهب معيَّن، كما اقتبسنا من اجتهادات فقهاء السلف الذين لم

تدوَّن لهم مذاهب كاملة ولكن نُقِلَت لهم آراء صالحة في كتب اختلاف الفقهاء، وقد رفعنا مشروع القانون مع مذكرة إيضاحية ترافق مواده وتبين المصدر الذي استمدت منه، والذي كان أول قانون إصلاحي شامل في الأحوال الشخصية، إلى وزيري العدل، المركزي والإقليمي، لكي يصدره رئيس الجمهورية العربية المتحدة. ولكن حال دون إصداره الانقلاب العسكري الذي حصل في سورية سنة ١٩٦١ م وفصل الوحدة، وبقي مشروع القانون المذكور في ذمَّة التاريخ[١]!!

ـ ٢ ـ

مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للبلاد العربية

٦/١٨ ـ أكد المؤتمر الأول لوزراء العدل العرب (في الرباط ١٢/ ١٩٧٧) على أهمية وحدة التشريع بين الدول العربية، وأن اتباع أحكام الشريعة الإسلامية هو أسلم الطرق وأجداها للوصول إلى هذه الغاية.

ثم أوصت لجنة وزارية منبثقة عن المؤتمر المذكور بضرورة تجميع الجهود المبذولة على المستوى العربي لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، وإعطاء أولوية خاصة لتوحيد تشريع الأحوال الشخصية في البلاد العربية بصورة تحقق إصلاحات ضرورية في نظام الأسرة مستَمَدة من مختلف المذاهب، ومن قاعدة الاستصلاح.

وقد أُلِّفت لجنة من قضاة شرعيين وفقهاء مختصين لوضع المشروع، فعملت فيه ثلاث سنوات (٣/ ١٩٨٢ ـ ٢/ ١٩٨٥ م)، ثم عرض على هيئة عامة تمثِّل البلاد العربية اجتمعت في عمّان العاصمة الأردنية في أواخر الثمانينيات. فتحفظ وتوقف عن الموافقة عليه ممثل المملكة العربية السعودية

---

(١) قد وفقت أخيراً إلى نشر هذا المشروع بنصه ومذكرته الإيضاحية باسم (مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما)، دار القلم: دمشق، ١٤١٦هـ = ١٩٩٦م.

وبقية دول الخليج العربي بشأن إدخال الوصيَّة الواجبة في المشروع، وبعض أحكام إصلاحية أخرى مخالفة للمذهب الفقهي السائد فيها، ثم تقرَّر أن يُترك المشروع لكل دولة عربية مرجعاً تستمد منه ماتشاء إذا أرادت[1].

ولا يظهر من مضمون هذا المشروع أن واضعيه قد اطلعوا على المشروع الموحَّد لمصر وسورية.

(١) نُشر نص هذا المشروع في المجلة العربية للفقه والقضاء، التي تصدرها الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب في المغرب، (العدد الثاني - السنة الثانية/ ١٩٨٥، ص ١٩ - ٢٦٢).

الفصل التاسع عشر

ضرورة اختلاف الاجتهادات وقيمته

١٩/ ١ ـ بعض المتوهمين ممن لا علم عندهم ولا بصيرة لهم يظنون أنَّ اختلاف الاجتهادات في الفقه الإِسلامي نقيصة، ويتمنون لو لم يكن إلا مذهب واحد.

وقد يذهبون إلى أبعد من هذا في أوهامهم فيرون أنَّ اختلاف المذاهب قد يوهم تناقضاً في المصدر التشريعي!

ودفعاً لهذا الوهم الفاسد نقول: إنَّ الاختلاف المذهبي الشائن المستكره الذي ليس له في الأمة إِلا سيئات الآثار إنما هو الاختلاف في العقائد.

أما الاختلاف الفقهي في الأحكام العملية المدنية فهو من المفاخر والذخائر، لأنه ثروة تشريعية كلما اتَّسعت كانت أروع وأنفع وأنجع.

فإنَّ معنى هذا الاختلاف هو تعدُّد النظريات والمبادىء والطرائق الحقوقية في استمداد الأحكام وتقريرها. وهذا يجعل الأمة في غنى من تشريعها لا يضيق بها عن حاجاتها. ويوفِّر لها أسساً صالحة لحل المشكلات العارضة باختلاف الظروف، ويفتح مجالاً لاختيار الحلول الأفضل كلما دعت الحاجة وأظهر التطبيق بعض المشكلات. شأنها في ذلك شأن من له في بيته مقاعد من مختلف الأوضاع والارتفاع، فإذا تعب في قعوده على أحدها استراح بالانتقال إلى سواه. أو كمن في بلده صيدليات كثيرة متفاوتة، وكلها مستوفية للشرائط، فإذا لم يجد علاجه المطلوبْ في إحداها وجده في أخرى.

فكذلك حال المذاهب الفقهية في التشريع الإسلامي.

ونقل السيوطي في «**مناقب الإمام مالك**» (ص ٤٦) قول مالك: «شاورني هارون الرشيد في.. أن يعلِّق الموطأ في الكعبة، ويحمل الناس على ما فيه... فقلت يا أمير المؤمنين.. إنَّ أصحاب رسول الله ﷺ اختلفوا في الفروع، فافترقوا في البلدان، وكلٌ عند نفسه مصيب..» ويبدو أنَّ الرشيد كرر عليه هذا الطلب، فقال مالك: «يا أمير المؤمنين، إنَّ اختلاف العلماء رحمة من الله على هذه الأمة، كل يتبع ما صح عنده، وكلٌ على هدى، وكلٌ يريد الله» (نقلاً عن كتاب «**مالك**» لأبي زهرة، ص ١٩١ ـ ١٩٢).

وقال أبو بكر بن العربي (المالكي، توفي ٥٤٣ هـ) في كتابه «**الأحكام الصغرى**» ١/١٥٣، تحقيق سعيد أعراب، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ـ ايسيسكو، ١٤١٢ هـ ـ ١٩٩١ م).

في قوله تعالى: ﴿وَٱعْتَصِمُوا۟ بِحَبْلِ ٱللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا۟ ..﴾ (آل عمران ٢/١٠٣):

ولا تفرقوا: يعني في العقائد، وقيل: لا تحاسدوا.. وقيل: المراد: التخطئة في الفروع، أي لا يخطّىء أحدكم صاحبه، وليمض كل واحد على اجتهاده، فإن الكل معتصم بحبل الله بدليله، والتفرق المنهي عنه هو ما أدى إلى الفتنة والتشتيت، وأما الاختلاف في الفروع فهو من محاسن الشريعة لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اجتهد الحاكم فأصابَ فله أجران، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجرٌ واحد» [رواه الشيخان وسواهما من ائمة الحديث].

ويقول الإمام أبو إسحاق الشاطبي في كتابه «الاعتصام» (٣/١١) ما نصه:

(روى ابن وهب عن القاسم بن محمد أيضاً، قال:

أعجبني قول عمر بن عبد العزيز:

«ما أحب أن أصحاب محمد ﷺ لا يختلفون، لأنه لو كان قولاً

واحداً لكان الناس في ضيق، وإنهم أئمة يُقتدى بهم، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان في سعة».

ومعنى هذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد وجواز الاختلاف فيه، لأنهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون في ضيق فوسَّع الله على الأمة بوجود **الخلاف الفروعي** فيهم، فكان فتح باب للدخول في هذه الرحمة) انتهى كلام الشاطبي.

ويقول الأستاذ محمد أبو زهرة تعليقاً على ذلك:

«لقد كان اختلاف الصحابة في الفروع رائده الإخلاص. ولذا لم يكن بينهم تنازع في الفقه ولا تعصب، بل طلب للحقيقة وبحث عن الصواب من أي ناحية أخذ، ومن أي جهة استبان.

وإن ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للأذهان، واستخراج للأحكام من القرآن؛ واستنباط قانون شرعي عام، وإن لم يكن مسطوراً... ونحن لا نرى الخلاف في الفروع، إلا ثمرات ناضجة لما بثَّه القرآن الكريم والسنة النبوية في نفوس الناس من البحث بعقولهم وتدبير شؤونهم بالشورى ومبادلة الرأي، مستضيئين بسنة النبي ﷺ، ومستظلين بأحكام القرآن» اهـ.

(ر: مقدمة كتاب «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ أبي زهرة؛ ف/١٣/ ص١٩ ـ ٢٠).

هذا، وإننا نرى اليوم علماء الحقوق من الإفرنج يتباهون بما انحدر إليهم في تراثهم التشريعي عن الرومانيين من آراء ونظريات مختلفة مأثورة عن فقهاء الشرع الروماني وشُرَّاحه، ولا يعدون تلك الآراء المختِلفة من النقائص أو النقائض التي يتمنون أن لا تكون في ميراثهم القانوني، بينما لا يعد الفقه الروماني على سعته إلا شيئاً يسيراً، وغيضاً من فيض بالنسبة إلى ما أورثتناه الاجتهادات من فقه الشريعة الإسلامية.

٢/١٩ ـ وهذا الاختلاف الفقهي نتيجة ضرورية لا يمكن أن لا تكون ما دام للعلماء نظرات لا تتحد، وأفهام لا تتفق.

وهو لا يدل على تناقض في المصدر التشريعي المستنبَط منه، كما لا تدل اختلافات آراء المحاكم في معنى مادة قانونية على تناقض فيها؛ وإنما يدل على مرونة النص، وسعة قابليته التطبيقية.

على أنه إذا كان الوضوح الصريح في المادة القانونية الفرعية أحسن وأصون، فلا شك أنَّ المرونة في المصادر الأساسية الدستورية التي تستند إليها المواد القانونية الفرعية هو الأفضل، ليمكن أن تصاغ على أساسها القوانين والأحكام بحسب الحاجة.

وإنَّ تعدد الاحتمالات في معاني النصوص الأساسية في الشريعة مع تشعُّب وجوه القياس يجعلان اختلاف الاجتهادات أمراً حتماً مبرماً مع كونه ثروة قيمة[1].

وإيضاحاً لضرورة هذا الاختلاف الفقهي ولقيمته نضرب المثلين

---

(١) في مقدمة كتاب «**بداية المجتهد**» من المؤلفات القديمة للقاضي ابن رُشد الحفيد بحث مختصر عن اختلاف الاجتهادات وأسبابه وضرورته، وفي كتاب «**فقه القرآن والسنة في القصاص**» من المؤلفات العصرية للأستاذ الشيخ محمود شلتوت رحمه الله تعالى، عضو جماعة كبار العلماء بمصر وشيخ الأزهر السابق، بيان قيِّم مشبَع عن ذلك، فليرجع إليهما من يحب التوسُّع. ويمكن رد معظم أسباب اختلاف الفقهاء إلى الأمور التالية إجمالاً:

١ ـ قابلية النص التشريعي لأن يُحمل على أكثر من معنى واحد.

٢ ـ تعدُّد وجوه القياس في المسائل القياسية.

٣ ـ اختلاف الأئمة في بعض مصادر الفقه، وفي بعض قواعد أصول الفقه التي يبنى عليها استنباط الحكم الشرعي من النصوص، كاختلافهم في حجية الاستحسان والاستصلاح.

٤ ـ تعارض دلالات بعض النصوص واختلاف أنظار العلماء في التوفيق بينها.

٥ ـ اختلاف الأنظار في تقدير المصلحة والمفسدة في القضايا الاستحسانية والاستصلاحية.

٦ ـ اختلاف قناعتهم في ثبوت بعض الأحاديث النبوية وعدمه، أي في صحة الحديث المروي أو ضعفه، فبعضهم يراه صحيحاً، وبعضهم يراه ضعيفاً (أي مشكوكاً في ثبوته) فلا يأخذ به. (ر: «أثر الحديث الشريف في اختلاف الأئمة الفقهاء» للأستاذ المحقق الشيخ محمد عوامة).

التاليين: أحدهما لتعدد وجوه فهم النص، والآخر لتعدد وجوه القياس في حكم القضية الواحدة.

١٩/٣ ـ أ ـ مثال نصي:

جاء في آية المداينة من القرآن، بعد الإرشاد إلى توثيق الديون والعقود بالكتابة والشهود، قوله تعالى:

﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

ـ فكلمة «**مقبوضة**» يُحتمل أن تكون وصفاً يفيد معنى الشرطيّة، فيدل على أنَّ قبضَ المرهون شريطة شرعية لتمام عقد الرهن، فلا يتم الرهن بدونه نظراً لغايته التوثيقية، لأنَّ الرهن غير المقبوض لا يوثق تحصيل الدين. وبذلك يفترق الرهنُ عن نحو البيع الذي يتمُّ بمجرد العقد بلا حاجة إلى قبض المبيع في مجلس العقد. (وإلى هذا المعنى ذهب الاجتهادان الحنفي والشافعي).

ويحتمل أن تكون كلمة «**مقبوضة**» وصفاً يدل على استحقاق قبض المرهون لا على شرطيته في العقد؛ فينعقد الرهن بدون قبض، ويُجبر الراهن قضاءً على تسليم المرهون إلى المرتَهِن إذا امتنع (وهذا ما عليه الاجتهاد المالكي).

ـ ثم من جهة أخرى: هل الغاية من قبض المرهون في نظر الشرع **استيثاقية** محضة، ككتابة صك الدين، لأنه جعل في الآية تدبيراً احتياطياً لتوثيق الدين عوضاً عن كتابة الصك عند فقدان الكتاب، فيأخذ حكم الصك، ويكون المرهون في يد الدائن المرتهن أمانة غير مضمونة، فإذا تلف في يده لا يسقط شيء من الدَّين كما لا يسقط شيء منه بتلف الصك؟ (وهذا ما عليه الاجتهاد الشافعي).

ـ أو هل يعتبر في قبض المرهون معنى **الاستيفاء** إلى جانب الاستيثاق بسبب وضع الدائن المرتهن يده على مال المدين وامتيازه بتقدمه على سائر

الغرماء الآخرين في استيفاء دينه منه، فلا يكون مجرَّد أمانة بيده، بل هو أمانة من وجه ومضمون من وجه؟ (وهذا ما عليه الاجتهاد الحنفي). فإذا تلف المرهون في يد الدائن المرتهِن وكانت قيمته أكثر من الدَّين يسقط الدَّين، وما زاد من قيمة المرهون يكون أمانة غير مضمونة[1].

فانظر في كلمة «مقبوضة» وفي سياق الآية ماذا ينشأ عنهما من النظريات الفقهية والأحكام الفرعية المختلفة، واعتبر مثل ذلك في كثير من نصوص الكتاب والسنة التي يطول بنا إيرادها إزاء الأفهام الاجتهادية التي خَلَّفت لنا في الفقه الإِسلامي أعظم ثروة تشريعية عرفت في التاريخ عن أمة من الأمم.

٤/١٩ ـ ب ـ مثال قياسي:

ومن الأمثلة القياسية التي اختلف النظر في وجه قياسها بين أئمة الاجتهاد الأولين لتعدد وجوه القياس فيها مسألة طريفة، وهي ما لو تشارك شخصان ورأس مالهما ثلاثة دنانير، من أحدهما ديناران ومن الآخر دينار واحد، فاختلطت الدنانير الثلاثة فأصبحت لا يمكن التمييز بينها، ثم ضاع منها ديناران فما حصة كل من الشخصين في الدينار الباقي؟

ـ سُئِل أبو حنيفة عنها فأجاب أنَّ الباقي يكون بينهما أثلاثاً، فثلثاه لصاحب الدينارين وثلث لصاحب الدينار، جَرْياً مع القياس الظاهر. فإن الدنانير لما اختلطت بصورة لا تقبل التمييز أصبحت كلها مشتركة بين الشخصين بنسبة ما لكلٍ منهما، فيكون كل دينار مشتركاً أثلاثاً بينهما، لأحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه.

فما يهلك بعد ذلك من المال يهلك على الشُّرَكاء بنسبة حصصهم في المجموع، ويبقى الباقي مشتركاً بنسبة حِصصهم أيضاً. وهذا هو قياس الحكم المسلَّم به في الشركة.

---

(١) انظر في هذه الاجتهادت «بداية المجتهد» لابن رشد، كتاب الرهن.

وسُئِل عنها ابن شُبرمة فأجاب بأنَّ الدينار الباقي يكون مشترَكاً أنصافاً بين الشخصين، لكل منهما نصفه. لأنَّ أحد الدينارَين الضائعين هو من مال صاحب الدينارَين بيقين فيهلك من حسابه فقط، ويبقى له دينار واحد كما لرفيقه. فالدينار الآخر الضائع هو المشكوك فيه أنه من مال هذا أو ذاك، فيهلك عليهما مناصفة؛ فيبقى الباقي بينهما نصفين.

(ر: ضحى الإسلام للأستاذ أحمد أمين ٢/٨٨ الطبعة الثانية).

وهذا بخلاف مالو ضاع دينار واحد فقط، فإنَّ الباقي يكون بينهما أثلاثاً بالاتفاق، لاحتمال أن يكون الضائع كله عائداً لكل منهما.

فأبو حنيفة اعتبر الاختلاط سبباً للشِّرِكة في الملك قياساً على سائر أسبابها، ثم لم يجعل الهلاك معدِّلاً للحصص، لأنه وقع بعد ثبوت الشركة، فأجرى فيه أيضاً قياس هلاك بعض المال المشترك.

وابن شُبرمة نظر إلى أنَّ هلاك دينار واحد يختلف عن هلاك الاثنين، لما في هلاك الاثنين من علم يقيني بنصيب أحد الشخصين في بعض الهالك، والشك في البعض الآخر، فيعطي اليقين حكمه في بعض الهالك وتعدل الحصص أولاً، ثم يجري في البعض الآخر المشكوك على قياس هلاك المال المشترك.

هذان مثلان، أحدهما نصّي والآخر قياسي، يعطيان فكرة واضحة عن اختلاف الاجتهادات في فروع الأحكام، ويتبيَّن منهما أنَّ هذا الاختلاف واقع محتم لا مناص منه، وهو في الحقيقة ثروة ثمينة قيمة، ولا سيما إذا أضفنا إلى ذلك ما ينشأ من اختلاف الأنظار الاجتهادية في ميدان الاستحسان والمصالح المرسلة.

١٩/ ٥ ـ هذا وإنَّ تلك الاجتهادات الفقهية، على اختلافها الكثير، نسبتها جميعاً إلى الشريعة الإسلامية نسبة صحيحة معتَبَرة، وإن كانت تلك

الاجتهادات في كثير من تفاريع الأحكام الفقهية متفاوتة في درجة قربها من الصواب ومسايرتها لحكمة التشريع.

وإذا كان كثير من تفاريع الأحكام الفقهية في المذاهب إنما هو من عمل الفقهاء أنفسهم - كما يقول الأستاذ علي حسن عبد القادر في كتابه **«نظرة عامة في تاريخ الفقه»** (ص٣) - فذلك لا ينافي صحة نسبته، على اختلافاته، إلى مبادىء الشريعة، واشتقاقه منها؛ فإنَّ عمل فقهاء الإسلام في إيجاد تلك الأحكام التفصيلية التي لا حدَّ لسعتها في مختلف المذاهب إنما هو اجتهاد أو تخريج على أصول الشريعة الإسلامية ودلائل نصوصها الأساسية كما رأينا من المَثَلَيْن المتقدمَيْن.

الفصل العشرون

مَزِيَّة الصفة الدينية في الفقه الإسلامي

١/٢٠ ـ قدمنا أول هذا الكتاب (ف ٢/٣) أنَّ الفقه الإِسلامي هو نظام روحي ومَدَني معاً، لأنَّ الشرع الإِسلامي جاء ناظماً لأمور الدين والدنيا (ر: ف ١/٧).

وبيَّنا أنَّ من نتيجة ذلك أنَّ افتراق الفقه الإسلامي، حتى في القسم المدني منه وهو المعاملات، عن القوانين الوضعية بوجود فكرة الحلال والحرام فيه، وأنَّ القضاء لأحد بطلب عندما يثبت مطلوبه بالمثبتات الظاهرة وتتوافر أسباب القضاء به لا يجعل الباطل حقاً والحق باطلاً في الواقع، ولا يبيح للإِنسان ديانة أن يتناول ما قضي له به إذا كان في الواقع مبطلاً أو مزوِّراً، وإن كان تنفيذ القضاء واحترامه لازمَيْن لما تقتضيه سياسة التشريع من وجوب بناء القضاء المدني على الظواهر وترك البواطن إلى الدين. ومن ثم كانت أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي ذات اعتبارين: اعتبار قضائي واعتبار دياني (ر: ف ٢/١ ـ ٤).

فهذه الصِّبْغة الدينية في الفقه الإِسلامي من حيث استمداده ومصادره الأساسية، ومن حيث فكرة الحلال والحرام فيه، لم تكن لتمنعه عن أن يبني أحكامه المدنية على رعاية المصالح الدنيوية والأعراف السليمة، وأن يؤسِّس وضعاً قضائياً مدنياً يبني أحكامه على الظاهر المحض كما تبني سائر القوانين الوضعية. ولكن تلك الصبغة الدينية فيه أفاضت على أوضاعه المدنية هَيْبَة واحتراماً، وأورثتها سلطاناً على النفوس كان به الفقه الإِسلامي شريعة مدنية ووازعاً أخلاقياً في وقت معاً، لما فيه من قدسية المصدر القرآني الآمر، ومن الزاجر الديني الباطن إلى جانب القضاء الظاهر. فلا

يحتاج الإنسان إلى قوة مصلتة عليه دائماً لتلزمه الخضوع لايجابه، ولا يجد في الإفلات من سلطان حكمه غنيمة إن استطاع الإفلات، سواء أكان ملكاً عظيماً أو صعلوكاً ضعيفاً[1].

* (١) لهذه الصفة الدينية في أحكام الفقه الإسلامي كثيراً ما كان الخلفاء في التاريخ الإسلامي يدعون إلى مجلس القضاء الشرعي للمحاكمة في دعوى لأحد الناس عليهم، فيحضرون كعامة الناس تاركين أُبّهة السلطنة على دُسْت الحكم، ويدخلون مجلس القضاء بكل توقير له، وقد يحكم عليهم فيخضعون لحكم الشرع متباهين بهذا الخضوع، كما حكم محمد بن عمر الطلحي على الخليفة المنصور العباسي للحمّالين والمُكارين، وكما حكم أبو يوسف صاحب أبي حنيفة على الخليفة هارون الرشيد.
وقضيَّة المنصور تلك قد رواها الإربلي في كتابه **«خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سِيَر الملوك»** فقال:
«قال نمير المديني: قَدِم علينا المنصور المدينة ومحمد بن عمر بن الطلحي في قضائه، وأنا كاتبه، فاستعدى الحمّالون ـ أي ادعوا لدى القاضي ـ على أمير المؤمنين في شيء ذكروه.
قال: فأمر نميراً المديني أن اكتب إلى أمير المؤمنين كتاباً بالحضور معهم وإنصافهم.
فقلت: **تعفيني من هذا فإنه يعرف خطي!!** فقال: اكتب، فكتبت. ثم ختمه فقال: **لا يمضي به أحد والله غيرك!**
فمضيت به إلى الربيع، وجعلت أعتذر إليه، فقال: لا تفعل، فدخل عليه بالكتاب، ثم خرج الربيع، فقال للناس، وقد حضر وجوه أهل المدينة والأشراف وغيرهم: **إنّ أمير المؤمنين يقرأ عليكم السلام ويقول لكم: إني دعيت إلى مجلس الحكم، فلا أعلمنَّ أحد قام إليّ إذا خرجت أو بدأني بالسلام إلا فَتكتُ به.**
ثمّ خرج، والمسيَّب بين يديه، والربيع، وأنا خلفه، في إزار ورداء. فسلَّم على الناس، فما قام إليه أحد. ثم مضى حتى بدأ بالقبر فسلَّم على رسول الله ﷺ، ثم التفت إلى الربيع فقال: وَيْحك يا ربيع أخشى إن رآني محمد بن عمر بن الطلحي أن يدخل قلبه هيبة فيتحوّل عن مجلسه، فوالله لئن فعل لا يولّى لي على ولاية أبداً!!
قال: فلما رآه ـ أي القاضي ـ وكان متكئاً، أطلق رداءه على عاتقه ثم احتبى ودعا الخصوم والحمّالين ودعا أمير المؤمنين، ثم ادعوا وحكم عليه لهم.
فلما دخل ـ أي المنصور ـ الدار قال للربيع: إذهب، فإذا قام وخرج من عنده الخصوم فادْعُهُ. فقال: يا أمير المؤمنين، ما دعا بك حتى فرغ من أمور الناس جميعاً.
فلما دخل عليه، قال المنصور: جَزَاكَ الله عن دينِك ونبيِّك، وعن حَسَبِك، وعن خليفتِك أحسن الجزاء».
(ر: خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك، لعبد الرحمن سبط الإربلي، في بحث خلافة المنصور العباسي ص/٦٢ ـ ٦٣).
=

٢٠/٢ ـ فِمنْ قِصَر النظر ما يتوهمه بعضهم من أنَّ تلك الصفة الدينية في الفقه الإسلامي تقضي عليه بالجمود وعدم القابلية لأنْ يتَّسع لحاجات الأزمان اتساع التشريع الوضعي الذي يمكن أن يتكيَّف بحسب الحاجة.

فقد رأينا أنَّ الفقه الإسلامي قد أقام للاستحسان والمصالح العامة والأعراف اعتباراً لا يقف في مجاراة الحاجات الزمنية عند حد سوى حد المصالح العامة نفسها والحرمات الأساسية التي جاءت الشريعة لإِصلاح البشرية برعايتها، صيانةً للنفوس والعقول والأموال والأعراض في الحاضر والمستقبل.

يقول الأستاذ الجليل محمد أبو زهرة:

«ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجرَّدة، ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالإسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح، لأنَّ الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع إلى أصولها والنتائج إلى مقدماتها، والأحكام إلى غاياتها والآراء إلى مقاصد قائليها.

وإنَّ من يحاول هذه المحاولة كمن يتصوَّر أنَّ ثمراً يكون من غير شجر، أو أنَّ غصوناً تقوم على غير جذوع.

وليس في كون الفقه الإسلامي مستمداً ينابيعه من الدين وقائماً على أساسه غضٌّ من قيمته ونقصٌ من قدر المستنبطين له المفرِّعين لفروعه، لأنَّ أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم وقويم إدراكهم أنَّ قوانين تستمد من الدين ويظلها بظله تكون أمسَّ بالوجدان، وأمكنَ في الضمير، وأقرَّ في النفس، يطيعها الناس لا بعصا السلطان ولا بقهر الحكام، بل بصوت من القلب، ورهبة من الديَّان، ورغبة في النعيم المقيم. فتكون الطاعة إرهافاً للإحساس وإيقاظاً للمشاعر، وتنميةً لنوازع الخير، وتطهيراً للنفس من نوازع الشر. ولا تكون الطاعة ضرباً من ضروب المسكنة والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما في القانون من داعيات الخير

ومرامي الإصلاح، إذ ينفذ على أنه إرادة الحكم ورغبة السلطان وهما واجبا الطاعة من غير أي نظر وراء ذلك.

وإنَّ جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها. لأنَّ الناس يستشعرون الخشية من الله إذ يحاولون الفرار، ويحسُّون من داخل نفوسهم مراقبة الله إذا ضعفت مراقبة الإنسان.

وإنَّ ربط القانون الإسلامي بالدين جعله مرتبطاً كل الارتباط بقانون الأخلاق، وبما تطابقت الجماعات الإنسانية قاطبة على أنه فضائل؛ فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعده عن الأخلاق الكريمة. فكانت الشريعة الإسلامية بحق هي أول قانون تلتقي فيه الشريعة بالأخلاق، ويكونان صِنْوَين متَّحِدَين متلاقيين. ومن قبلها كان ذلك حلماً للفلاسفة والمصلحين يحلمون به، فإن حاولوا تطبيقه أيقظتهم الحقيقة، وأيأسهم الواقع المستقر.

وإنَّ استمداد الفقه الإسلامي ينابيعه من الدين جعله شاملاً في سلطانه للراعي والرعية؛ وجعل القانون مسيطراً على الحاكم والمحكوم. فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام: أنتم مقيَّدون بأحكام الشريعة، وأنتم مسؤولون عن تنفيذها، وذلك في أزمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيِّدها، ولا نظام يضبطُها، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيداً للحاكم وتهذيباً للمحكوم».

(مقدمة كتاب «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية» للأستاذ المشار إليه ص١ ـ ٢).

* * *

الفصل الحادي والعشرون

مشكلات عصرية يواجهُها تطبيق الشريعة الإسلامية اليوم

۱/۲۱ ـ إنَّ فريقاً من الناشئة الإسلامية التي نشأت في جو ثقافي لا يتيح لها أن تعرف الحقائق والقابليات الواسعة في النظام القانوني من الشريعة يرون عدم إمكان تطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحاضر، لأنَّ هناك مشكلات زمنية تعترض سبيل هذا التطبيق ولا تتسع الشريعة لحلها في نظرهم.

وسنعرض هنا نقاطاً موجزة لهذه المشكلات والجواب عنها.

۲/۲۱ ـ المشكلة الأولى: الصفة الدينية في الشريعة الإسلامية.

يتوهم فريق من علماء القانون الأجنبي (وانتقل هذا الوهم عنهم إلى كثير من المسلمين) أنَّ الشريعة الإسلامية أحكام دينية ثابتة فهي إذن لا تقبل التطور المطلوب في القوانين الحديثة بحسب الأوضاع الزمنية والاقتصادية، وهذا الوهم منشؤه عدم معرفة معنى الصفة الدينية في النظام القانوني من الشريعة. فإنَّ القسم المدني منها (كما تبيَّن من موجز المبادىء التي عرضناها) إنما تضمنت نصوصه الشرعية الأصلية في القرآن والحديث النبوي قواعد ومبادىء حقوقية ذات قيم عالمية ثابتة كمبدأ الرضائية وحسن النية في العقود، ومبدأ المسؤولية من الضرر وتعويضه، إلى غير ذلك مما تَبَنَّتْه الشرائع الوضعية الحديثة اليوم.

فالصفة الدينية هي أنَّ العقيدة الإسلامية توجب على المؤمنين احترام جميع الأحكام الفقهية التطبيقية التي تُفرَّع على تلك المبادىء فيؤدوا الحقوق

التي توجبها ولو كانوا بعيدين عن متناول القضاء لأنَّ إقامة العدل والمصالح من أمر الله بقول القرآن: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾ (سورة النحل: ١٦/ ٩٠). ويشمل هذا الاحترام الأنظمة الزمنية الموقوتة المتبدِّلة التي يعودُ لوليِّ الأمر القائم بالسلطة العليا حق إصدارها شرعاً بمقتضى قاعدة المصالح المرسلة التي سبقت الإشارة إليها. حتى إنَّ فقهاءنا في المذهب الحنفي صرَّحوا بأنه إذا دعت الحاجة العامة والظروف الطارئة من اقتصادية أو غيرها إلى أن يأمر السلطان الناس بصيام يوم مثلاً فأمَرهم وجب عليهم الصيام ديانة كصيام رمضان ما دام ذلك تنظيماً لمصلحة فوَّضه الشرع بتنظيمها. فالصفة الدينية في الفقه الإسلامي لا تنافي أنه مؤسَّس على قواعد مدنية بحتة منتجة لفقه متطوِّر كفيل بوفاء الحاجات العصرية وحل المشكلات النابتة في الطريق، بل هذه الصفة الدينية دعامة وضمانة لاحترام المؤمنين الأحكام التشريعية كي لا يستبيحوا ما ليس لهم من حقوق الأفراد أو حقوق الدولة متى فقدت وسائل الإثبات أو كانوا في مأمن من طائلة القضاء كما تقدم بيانه. فالصفة الدينية في الفقه الإسلامي مزيَّة فيه لا عيب. والاحترامُ الناشىءُ عنها للأحكام التشريعية تتمناه اليوم القوانين الوضعية المحضة فلا تجده لأنفسها لأنه لا يأتي إلا من طريق العقيدة.

٢١/ ٣ ـ المشكلة الثانية: تطبيق الحدود.

هذه المشكلة هي (في نظرهم) أنَّ بعض العقوبات البدنية المحدَّدة شرعاً (الحدود) كعقوبة الزاني بالجلد أو الرجم، وعقوبة السارق بقطع اليد أصبحت غير ممكنة التطبيق في هذا العصر وما استجدَّ فيه من الملابسات. والجواب عن ذلك: أنَّ الحدود في الشريعة ولا سيما حد الزنى مشروطة بشرائط ضيِّقة جداً في إثباتها وتطبيقها تجعلها نادرةَ التطبيق فهي تسقط أو تتبدل إلى عقوبة تعزير يقدِّرها القاضي بمجرد وجود شبهة لدى المجرم لقول الرسول ﷺ: **(ادرؤوا الحدود بالشبهات)**.

ومن جهة أخرى يوجد في الشريعة بابٌ واسع هو قاعدة الضرورات

وما تسوِّغه شرعاً من تدابير استثنائية موقوتة تشمل ترك الواجب وفعل الممنوع عندما توجد ضرورات ملجئة.

وعقوبات الحدود على الجرائم الاجتماعية هي خمس فقط وهي: **(حد الزنى، والسرقة، وقذف المحصنات من النساء، وشرب الخمر، والحرابة، وهي قطع الطريق للسلب والنهب)**[1]. أما ما سواها من عقوبات التعزير على جميع أصناف الجرائم فكله في نظام الإسلام مفوَّض إلى الحكام بحسب مقتضيات الحال.

فإذا لوحظ أن تطبيق عقوبة الحدود الخمسة قد أصبح متعذّراً في زمان أو مكان تُطَبَّق عندئذ عقوبة أخرى، ولا يوجب هذا ترك الشريعة جمعاء. على أنَّ عقوبة السارق بقطع اليد لا ينبغي أن نتصور فيها عدداً من الأيدي مقطوعاً بعدد السارقين الذين يلوِّعون المجتمعات البشرية اليوم باستمرار، بل إنَّ يداً واحدة تكفي لمنع آلاف. وإنَّ مجرد تطبيق هذه العقوبة في المملكة العربية السعودية في بضع حوادث قد قطع دابر السَّرقات وأنتج أمناً داخلياً مذهلاً ومثالياً في العالم.

ولزميلنا الدكتور صبحي المحمَصاني، وهو قاض جنائي في الأصل، بحث قيم حول هذه العقوبة جلّى فيه حقائق ذات عبرة في كتابه عن، (نظرية العقود والموجَبات في الشريعة الإسلامية).

وإنَّ يداً أثيمة تروِّع المجتمع والمتاجر والبيوت باستمرار السرقة والسَّلب عن غير حاجة دافعة، ولا تردعها عن التكرار العقوبات المطبقة اليوم، خيرٌ للمجتمع أن يخسرها ويطمئن على ما هو أثمن، ويفرض أنها ذهبت في حادث سيارة مثلاً!.

٢١/ ٤ ـ بهذه المناسبة نقول: إنَّ الشريعة الإسلامية قانون للحياة الإنسانية الصالحة كليٌّ متكامل ومتلازم مترابط يمسك بعضه ببعض، ويسند

---

(١) وضحنا في الملحق الأول بهذا الفصل جوانب من عقوبة جريمة الزنى.

بعضه بعضاً، فإذا أهمل بعض أجزائه يظهر الخلل والغرابة في البعض الآخر.

- فحدُّ السرقة مثلاً مرتبط بواجب آخر هو الاهتمام بحال الفقراء وكفايتهم بحسن توزيع الثروة، وتحقيق التكافل والضمان الاجتماعيين.

- وحدُّ الزنى مرتبط بتطهير المجتمع من وسائل الفتنة وإثارة الغرائز الجنسية، وتبصير الناس بالدين، وحثّهم على تقوى الله، وتسهيل الزواج.

- وحدُّ شرب الخمر مرتبط بمنع صنعها وتجارتها والدعاية لها. وهكذا... فهذه الارتباطات بين الزواجر والواجبات شروط لا بد منها لتطبيق عقوبات الحدود الشرعية.

أمّا إذا كانت هذه الواجبات في الدولة والمجتمع مهملة، بل إذا كان واقع الحال في النظام السائد هو عكسها: فوسائل الإعلام المختلفة مسخَّرة للدعاية إلى أنواع الخمور والمفاضلة بينها، وكان تكشُّف النساء والفتيات وإبراز مفاتنهنّ هو عنوان التقدمية والتمدُّن، وكان النظام الاقتصادي السائد يحمي التفاوت الفاحش في الثروة والأجور حتى يصبح في المجتمع فئات كثيرة محرومة وأخرى متخومة لا تهمّها إلا ملذاتها المحشوة بالآثام، واستكثارها من المكسب الحرام، فكيف يعتبر تطبيق الحدود وحدها هو مظهر تطبيق الشريعة؟! وهل هذا تطبيق أو تشويه وتمويه وتناقض؟!!

٢١/ ٥ - المشكلة الثالثة: نظام الفائدة الربوية.

يحرّم الإسلام الربا تحريماً قطعياً ويحاربه دون هوادة. والمعاملات التجارية والمصرفية اليوم يقوم كثير منها على أساس الفائدة التي هي من الربا المحرم قطعاً. فتطبيق الشريعة في هذه المجالات يتنافى تنافياً مؤكداً مع نظام الفائدة، ويؤدي - في نظر من ثارت في ذهنه هذه الشبهة - إلى تعطيل كثير من الأعمال التجارية والمصرفية التي هي اليوم محور الحياة الاقتصادية.

والجواب: إنَّ الشريعة الإسلامية، إلى جانب تحريمها الربا (والفائدة منه كما أسلفنا) قد أباحت كثيراً من عقود المعاملات المالية التي فصَّلها الفقه، وقرر فيها قواعد وأحكاماً تسمح باستنباط عقود جديدة تنسجم مع قواعد الشريعة وتلبي الحاجاتِ المتجددة، ويمكن بذلك إنجاز سائر المعاملات التجارية والمصرفية المناسبة للحياة الاقتصادية المعاصرة دون اللجوء إلى الربا المحرم. وأخصُّ بالذكر تمويل المشروعات والأعمال التجارية والصناعية، ومشروعات الحكومة ومشترياتها، ومشتريات المستهلكين. وكذلك يمكن حشد المدخرات من الجمهور واستثمارها، وإجراء عمليات التمويل الدولي، كل ذلك بعقود صحيحة فقهاً وخالية من الربا، وعلى أسس تجارية (وليست خيرية تبرعية).

وما قررناه آنفاً هو المحصِّلة العامة لمئات من البحوث والكتب الحديثة المتخصِّصة والمفصلة، كتبها اقتصاديون ومصرفيون وفقهاء، وعُقِدَت لها عشرات المؤتمرات المتخصِّصة والندوات العلمية، خلال السنوات الثلاثين الماضية، في مجال ما صار يعرف بالاقتصاد الإسلامي[1].

لهذا يمكننا اليوم أن نرى أنَّ التخلص من نظام الفائدة الربوية وتشغيل الجهاز المصرفي دون اللجوء إلى الربا (لمن يريد ذلك)، هو أمرٌ ممكن التحقيق إذا أُعِدَّت له العُدَّة، ولا ينبغي أن يتَّخذ ذريعة لعدم تطبيق الشريعة. بل قد نوهت بعض الدراسات بالمزايا الاقتصادية لأساليب التمويل الإسلامي

(١) يمكن لمن شاء التوسُّع في هذا الموضوع الرجوع، على سبيل المثال لا الحصر، إلى مطبوعات مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي في جامعة الملك عبد العزيز في جدّة، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بجدة أيضاً، وكتاب د. سامي حمود: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية (عمان، ١٩٧٦ م) وتقرير مجلس الفكر الإسلامي في باكستان عن إلغاء الفائدة الربوية من الاقتصاد (من مطبوعات مركز الأبحاث المذكور)، وكتاب د. محمد عمر شابرا: نحو نظام نقدي عادل (واشنطن، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٤٠٨ هـ/١٩٨٧ م).

الخالي من الفائدة في تخفيف التقلُّبات والأزمات الاقتصادية وفي الحد من تمركز الثروة.

وقامت في مختلف البلاد بنوكٌ إسلامية تطبِّق هذه الأساليب في التعامل والتمويل.

وقد أفردنا ملحقاً بهذا الفصل فيه تفصيلات إضافية حول هذا الموضوع.

٦/٢١ ـ المشكلة الرابعة: الأمور المستجدة.

إنَّ بعض الأوضاع القانونية اليوم يقوم على أساس وجود أوضاع اقتصادية حديثة لم يكن لها نظير في الماضي الاقتصادي والفقهي في الحياة الإسلامية، وذلك كالشركات القانونية المساهمة المغفلة اليوم Anonymes، وعقود التأمين Assurance وما فيها من أحكام هامة نظمتها القوانين إلى غير ذلك من الأوضاع الأخرى.

والجواب على ذلك: إنَّ المبادىء الحقوقية في الفقه الإسلامي ذات سَعة ومرونة وقابلية عجيبة للاستيعاب والتفريع. فالنصوص الأصلية لهذه الأحكام والمبادىء في القرآن والحديث النبوي يمكن حصرها في بضع عشرات من الصفحات، وقد كانت صالحة وكافية لأن يتفرَّع عنها ويُستمد منها خلال العصور الإسلامية الأولى فقه عظيم كالبحر المحيط، ومذاهب حقوقية اجتهادية، ونظريات مهمة تكوَّنت منها مكتبة فقهية في الإسلام بلغت آلاف المجلدات، وكل حكم فيها مقرون بدليله من تلك النصوص بطريق الشمول أو قياس الحوادث الجديدة على الحوادث التي تناولها النص، أو بطريق الاستحسان أو الاستصلاح.

فكل الأوضاع الاقتصادية اليوم إذا كانت ضرورية مفيدة وتحقق مصلحة عامة يمكن تخريج أحكام جديدة لها على أسس الفقه الإسلامي ونظرياته كما فعل الفقهاء السابقون. وتلك الأحكام الجديدة بعد تخريجها

وبنائها على قواعد الفقه الإسلامي تلحق به وتصبح جزءاً منه، وتصبح نظرياته مرجعاً للاجتهاد القضائي والتفسير القانوني فيها بالطريقة التي تضخم بها الفقه الإسلامي نفسه.

ومن الأمثلة العصرية على ذلك «**عقود التأمين**» التي كان الانطباع العام لدى الفقهاء حتى الستينيات أنها لا تجوز. ثم بدأت حولها البحوث الفقهية الحديثة منذ ذلك الحين[1]، وكانت المحصلة العامة لها هي:

أ ـ ظهور اتفاق في الرأي بين علماء العصر والمجامع الفقهية على أنَّ التأمين على الممتلكات من الأخطار، والتأمين من المسؤولية عن الخطأ، إذا كان تأميناً تعاونياً، هو جائز فقهياً. كما أقرَّ علماء كثيرون وهيئات فقهية صيغة «تكافل» لتحل محل «التأمين الادخاري على الحياة» (ويسمىٰ فنياً: التأمين المختلط البسيط).

ب ـ قيام بعض شركات للتأمين ولإعادة التأمين، على أسس إسلامية تحت إشراف هيئات شرعية.

---

* (١) كنت أول الباحثين في التأمين بوجه عام في صوره الثلاث: التأمين على الممتلكات، والتأمين من المسؤولية عن الفعل الخطأ، والتأمين على الحياة (بالطريقة الخالية من الفوائد الربوية) وانتهيت إلى جوازه فيها كلها ما لم يتضمن العقد الذي يعقد بين المستأمن وشركة التأمين شروطاً غير مقبولة شرعاً. وقد فصّلت القول في ذلك في بحث قدمته إلى مؤتمر أسبوع الفقه الإسلامي الذي عُقد بجامعة دمشق سنة ١٩٦١ م، ونُشِر إذ ذاك في كتاب بعنوان (**عقد التأمين «السوكرة» وموقف الشريعة الإسلامية منه**). وقد بسطت الأدلة وناقشت الآراء المخالفة. ثم وسَّعته وأضفت إليه بحثاً آخر في الموضوع ونشرته في كتاب جديد بعنوان (**نظام التأمين ـ حقيقته والرأي الشرعي فيه**)، نشرته مؤسسة الرسالة.

الملحق الأول بالفصل الحادي والعشرين

حول عقوبة جريمة الزنىٰ

٢١/ ٧ ـ عقوبة جريمة الزنى هي أن يُضرب الزاني والزانية مائة سوط، هذا ما ورد به النص القرآني: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ (سورة النور: ٢٤/ ٢).

وقد جاء في السنة الثابتة أنَّ هذا في الزاني البكر (أي الذي لم يتزوج). أما المحصن (المتزوِّج) فعقوبته الرجم بالحجارة حتى الموت، وهي من أقسى العقوبات، لما يجرُّه الزنى من فساد في المجتمع واختلاط وضياع في الأنساب والحقوق المترتبة على النسب من مالية وغير مالية، فهو سرقة في الأعراض، تتهدم به أسر، وتراقُ بسببه الدماء، وتفسد الأخلاق، وتنقلب به الصداقات عداوات، وتفقد به الثقة والأمانة، وقد يستتبع جرائم أخرى، ولا شك أنَّ هذه النتائج هي في زنى المتزوج الخائن أشد منها في زنى البكر. ولذلك ورد في الحديث النبوي الشريف تشديد في عقوبة الزاني المحصن عن عقوبة البكر.

ويجب أن يلحظ في هذا المقام أمران مهمان جداً، وهما:

٢١/ ٨ ـ الأول: أنَّ المحصن قد فسَّره العلماء السابقون بأنه من كان قد تزوَّج وجامع فعلاً بنكاح صحيح شرعاً قبل أن يزني، ولم يشترطوا أن يكون له زوجة حين زناه تغنيه عن هذه الجريمة الشنعاء، ولم يأت في الحديث النبوي تفسيرٌ للمحصن.

ولكني أرى أنَّ التفسير قد ضيَّع الجانب المبرر لتشديد عقوبة

المحصن عن البكر، وهو في الوقت نفسه مخالفٌ لمعنى المحصن الذي وَرَد به القرآن العظيم في بيان المحرمات من النساء، أي اللاتي يحرم على الرجل الزواج بهن، كبنت الرجل وأخته مثلاً. فقد جاء في سورة النساء في تعداد المحرمات قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ...﴾ أي يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة محصنة. وقد أجمع علماء الأمة من مفسِّرين ومحدثين وفقهاء على أنَّ المراد بالمحصنة هنا ذات الزوج، فلا يجوز لرجل بحال من الأحوال أن يتزوَّج امرأة متزوجة، إذ لا يجوز أن يجتمع على امرأة زوجان!! بل حتى يحرم بالإجماع بناء على نص قرآني آخر أن يتزوج امرأة هي في العدّة من زواج سابق قد انحل بطلاق أو وفاة الزوج.

ولا ينكر أن للإحصان في اللغة معنى آخر يعبِّر به عن الشخص المصون غير المستهتر، وقد ورد به القرآن أيضاً في إيجاب حد القذف على من يتَّهم امرأةً محصنةً بالزنى، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ...﴾ وقوله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ لُعِنُوا۟ ...﴾ (سورة النور ٢٣ و ٢٤).

وقد جاء أيضاً في القرآن استعمال المحصنة بمعنى الحرة (غير الرقيقة المملوكة).

فالذي يبدو لي أنَّ الأوْجَه والأصح في تفسير الإحصان في عقوبة الزنى أنَّ المحصن (وقد ورد في الحديث النبوي بلفظ الثَّيب) هو الشخص الذي يكون له زوج يغنيه عن الزنى فيزني، فإن هذا يكون أعظم جرماً واستحقاقاً لتشديد العقوبة الرادعة، ما دام لم يرد عن الشارع تفسير آخر؟!

على أنَّ هناك من العلماء العصريين من يرى أنَّ عقوبة الرجم للمحصن تعزيرية وليست من الحدود، فهي مفوَّضة إلى ولي الأمر عند وجود أسباب مشدِّدة لها، وعلى ذلك يحمل ما ورد في السنة النبوية الثابتة من تطبيق عقوبة الرجم، أما العقوبة الأصلية النصِّية للزاني، وهي الحد، فهي الجلد للمحصن الثيب وغيره، كما جاء في القرآن العظيم.

٩/٢١ ـ الثاني: أنه لا يمكن، في الواقع، إثبات جريمة الزنى إلا بإقرار الزاني على نفسه، لأنَّ إثبات الزنى بالشهادة يتطلَّب معاينةً من أربعة شهود عدول (ثقات)، ورؤية تكاد تكون مستحيلة. وإنَّ إقرار الزاني الموجب للحد يجب أن يتكرر منه أربع مرات في أربعة مجالس. فإذا لم تتوافر هذه الشرائط العسيرة في إثبات الزنى لأجل تطبيق عقوبة الحد (جلداً أو رجماً) تنتقل العقوبة إلى التعزير بالنوع والقدر الذي يراه الحاكم بحسب الأحوال، وذلك لحصول الشبهة في إثبات الجريمة، «والحدود تدرأ بالشبهات» بنص الحديث النبوي.

ويلحظ أيضاً أنَّ إقرار الزاني بالزنى، إذا رجع بعده المقر عن إقراره يسقط الحد برجوعه وتنتقل العقوبة إلى التعزير بما يكفي للزجر. وفي حالة الرجم إذا كان الزاني ثيِّباً محصَناً يعتبر هروبه من مكان الرجم كالرجوع عن الإقرار تمتنع معه متابعة الرجم، وتنتقل عقوبته إلى التعزير.

في ضوء كل ذلك من الأحكام المقررة في السنة والفقه يتبيَّن أن رجم الزاني المحصن هو في الشريعة عقوبة للتخويف أكثر منها للتطبيق لكي يعلم الزاني المحصن الذي له زوجة تغنيه ماذا يستحق من العقاب. ولا يكاد يمكن تطبيق عقوبة الرجم على زان إلا بإرادته حينما يقرُّ على نفسه ويُصِرُّ. وأن الحالات التي وردت في السنة النبوية كلها من هذا القبيل.

الملحق الثاني بالفصل الحادي والعشرين

مشكلة نظام الفائدة الربوية

٢١/ ١٠ ـ مقدمة:

إني قد أعَدتُ كتابة هذا الموضوع في هذا الإخراج الجديد الآن إعادة كاملة لأزيل ـ أولاً ـ التباساً وقع في أذهان بعض القُرّاء من بعض عبارات وردت في الطبعات السابقة، ولأضيف ـ ثانياً ـ بعض الحقائق المهمة الاقتصادية والشرعية التي دلَّت عليها بحوث علمية ظهرت خلال السنوات الأربعين التي انقضت بعد كتابة الصيغة السابقة لهذا الموضوع في مطلع الخمسينيات، والتي دلت عليها أيضاً إلى حد ما نشاطات المؤسَّسات المالية الإسلامية منذ بدئها في منتصف السبعينيات.

٢١/ ١١ ـ الصيغة السابقة لهذا الموضوع في طبعات المدخل الفقهي الماضية:

«المشكلة الثالثة:

نظام الفائدة في المعاملات التجارية وأعمال المصارف. فالإسلام يحرِّم الربا تحريماً قطعياً ويحاربه دون هوادة. والمعاملات التجارية والمصرفية اليوم كلها تقوم على أساس الفائدة التي هي ربا جزئي تحدِّد نسبته القوانين. فتطبيق النظرية الإسلامية في تحريم الربا يتنافى تنافياً ظاهراً مع نظام الفائدة. والجواب: أنَّ هذه المشكلة يمكن حلها في مبادىء الشريعة بطرق عديدة: إما بالاستناد إلى قاعدة الضرورات أو الحاجات والتدابير الاستثنائية الموقوتة إلى أن يقام في المجتمع الإسلامي نظام اقتصادي متجانس يغني الناس عن الالتجاء إلى نظام الفائدة، وإما بالرجوع إلى تحديد الحالة الربوية التي كان عليها العرب وجاءت الشريعة بمنعها،

حيث كان المرابون يتحكَّمون كما يشاءون بالفقير المحتاج إلى القرض لإقامة أَوَد حياته. ومن هذه الدراسة وفي ضوئها يعرف عندئذ ما يجوز وما يمتنع شرعاً من الشؤون المصرفية وأعمال المصارف. ولا ننسى أنَّ تحريم الربا في الإسلام لا يمكن أن يجزم أحد بعدم صلاحه لحياة اقتصادية عصرية، فإننا نرى الآن نظاماً اقتصادياً متطرِّفاً يهدِّد العالم أجمع بقوته وهو يقوم على منع الرأسمالية والربا(١)!

١٢/٢١ ـ وكنت في عام ١٩٥٣ م دُعيت إلى تقديم بحث في مؤتمر الثقافة الإسلامية في جامعة برنستون في أمريكا بعنوان «**الشريعة الإسلامية وحقوق الأسرة فيها**»(٢)، واستحسنتُ فيما بعد أن أجعله فصلاً أول في المدخل الفقهي لأنه يلخص الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في الشريعة بجميع فروعه. وكان البحث المذكور يشتمل على قسم عن المشكلات العصرية التي تواجهها الشريعة، ومنها مشكلة نظام الفائدة، ويتضمن فكرتين إضافيتين طرحتهما للنقاش، ضمن الحلول القابلة للنقاش حول الفائدة، لكنني لم أجدهما مناسبتين للإدراج في المدخل الفقهي في طبعاته السابقة، وهما:

١ ـ «تأميم المصارف لحساب الدولة فينتفى عندئذ معنى الربا من الفائدة الجزئية التي تُؤخذ عن القرض إذ تعود عندئذ إلى خزينة الدولة لمصلحة المجموع وينتفي محذور تمركز رؤوس الأموال في أيدي فريق من المرابين».

٢ ـ رأي «المتأخرين من فقهاء المذهب الحنفي الذين نصُّوا على جواز تحديد السلطان منفعة مالية عن القروض، تعقد بعقد ملحق نظراً للحاجة، وقالوا: لا يجوز عندئذ للناس شرعاً أن يتجاوزوا في فائدة

---

(١) هو النظام الاشتراكي الشيوعي القائم في الاتحاد السوفييتي منذ عام ١٩١٨م.

(٢) نُشِر هذا البحث في كتاب «الثقافة الإسلامية والحياة المعاصرة» تحرير الأستاذ محمد خلف الله، نشر مؤسسة فرانكلين للطباعة والنشر، القاهرة ـ نيويورك. ط. أولى١٩٥٦، ط ١٩٦٢/٢، ص ١٣٨ ـ ١٦٠.

القروض النسبة المعينة من قبل السلطان. وقد سموا هذا التدبير: **(بيع المعاملة)** واتفقت كلمة الفقهاء في المذهب على جوازه (انظر ف ١٥/ ١٣ آنفاً، وكتاب رد المحتار لابن عابدين الجزء/ ٤/ كتاب البيوع مطلب بيع المعاملة).

فيتحصَّل مما تقدم أنَّ ما كتبته سابقاً في مطلع الخمسينيات في هذا المدخل الفقهي، وفي بحث جامعة برنستون قد كتب حين كانت تتردد في أذهان المهتمين خمسة حلول لمشكلة الفوائد الربوية (التي لا تتعامل البنوك المرتبط بها دولاب الاقتصاد في البلاد إلا على أساسها) وهي:

١ ـ قاعدة الضرورة.

٢ ـ إقامة نظام اقتصادي يغني الناس عن الفائدة.

٣ ـ دراسة متعمِّقة للحالة الربوية التي كان عليها العرب عند ظهور الإسلام، أو بتعبير آخر: ربا الجاهلية، حيث يظن بعض الباحثين أن الربا فيها قد كان على قروض استهلاكية، وليس على قروض استثمارية كفوائد البنوك اليوم.

٤ ـ تأميم المصارف لحساب الدولة.

٥ ـ متابعة متأخري الحنفية في رأيهم الآنف الذكر.

وقد ظنَّ بعض القراء مما سبق بيانه، ظناً خاطئاً منه، أنني أقول بإباحة الفوائد المصرفية عموماً، أو بإباحتها في القروض الاستثمارية دون الاستهلاكية. والحقيقة أنَّ هذا لم يكن لي برأي في يوم من الأيام، وإنما عرضته مطروحاً للنقاش.

٢١/ ١٣ ـ نظرتي الحاضرة إلى الحلول الخمسة المذكورة:

كنت، حين كتبت ما سبق، على شعور بعظيم الحاجة إلى تمحيص جميع هذه الحلول المتصوَّرة التي يفكر بكل منها بعض المعاصرين،

واستعراض الأدلة التاريخية عن حالة ربا الجاهلية، والأدلة الشرعية على الحكم النهائي الذي قرَّره الكتاب والسنة في قضية الربا، وهل تدخل فيه الفوائد المصرفية، ثم الوصول إلى الرأي الفقهي السديد في استبعاد ما يجب استبعاده من هذه الحلول المتصوَّرة، وتقرير الحكم النهائي في هذه الفوائد المصرفية الذي لا يجوز تصور خلافه في ضوء دلالات النصوص القطعية.

وقد ظهرت بعد ذلك كتابات وردود من العلماء المعاصرين الثقات بدَّدَت الضباب وأثبتت بالأدلة التي لا تقبل الارتياب: أنَّ الفوائد المصرفية التي تتعامل بها البنوك هي من صميم الربا المحرَّم بالنصوص القطعية من الكتاب والسنة.

* * *

على أنَّ من المفيد أن أبيِّن نظرتي الحاضرة إلى الحلول الخمسة التي ذكرتها آنفاً، وكان تفكير الباحثين يتردَّد بينها:

٢١/ ١٤ ـ أما الحل الأول، وهو قاعدة الضرورة، فيمكن أن يحتاج إليه، في أي زمان أو مكان، فرد أو جماعة. وهو حين تتحقق شروطه الشرعية يبيح دفع الربا. لكن من العسير جداً تصور الاضطرار إلى أخذ الربا.

٢١/ ١٥ ـ وأما الحل الثاني، وهو إقامة نظام اقتصادي يغني الناس عن الربا، فهذا مع إيماننا الراسخ بإمكانه، فإنَّ معرفتنا بكيفيته لم تكن واضحة في مطلع الخمسينيات، لكنها أصبحت بحمد الله جليَّة اليوم بعدما تمَّ من بحوث ودراسات وتطبيق في مجال الاقتصاد الإسلامي.

٢١/ ١٦ ـ وكان الهدف من ذكر الحل الثالث هو الدعوة إلى تمحيص الفكرة القائلة بأنَّ القروض التي كانت شائعة بين العرب حين جاء الإسلام بتحريم الربا كانت قروضاً استهلاكية للمحتاجين لإقامة أود العيش،

ولم تكن قروضاً لأغراض التجارة والاستثمار، وأن أخذ الربا عليها هو المقصود بربا الجاهلية الذي حرَّمه الإسلام.

وكان بعض المفكرين العصريين قد أكَّدوا على هذه الفكرة والتمسوا فيها مخرجاً للقول بأنَّ القروض للتمويل الاستثماري والإنتاجي تكون بمنأى عن التحريم، وانتهوا من ذلك إلى تحليل الفوائد المصرفية.

وقد محَّص هذه الفكرة عدد من الباحثين فلم يجدوها صحيحة تاريخياً، بل أوردوا أدلة وقرائن كثيرة مقنعة لا تترك مجالاً للشك بأنَّ القروض الاستثمارية، كانت معروفة ومنتشرة في المجتمع العربي وقت البعثة[1] وهي التي كانت تموِّل رحلتي الشتاء والصيف التجاريتين لقريش.

١٧/٢١ ـ وفي شأن الحل الرابع وهو تأميم المصارف لحساب الدولة، قد بيَّنتْ بحوث الاقتصاديين المسلمين أنه لا ينتظر من التأميم في ذاته، أن يحول دون الظلم الناجم عن الربا أو دون تمركز رؤوس الأموال. ذلك أنَّ المصارف هي في الحقيقة وسيط يعمل في أموال المدَّخرين فيقدمها للمستثمرين فتستوي في ذلك المصارف الخاصة والمملوكة للدولة، بلا فرق سوى أنَّ عائد الوساطة يذهب في الأخيرة إلى خزانة الدولة. فإذا كانت العلاقة التمويلية التي تتم فيها الوساطة بين المدخرين والمستثمرين هي علاقة ربوية، فإنَّ حقيقة الربا ومحاذيره لا ينتفيان ولو كان الوسيط هو الدولة.

ويقال مثل ذلك عن تمركز رؤوس الأموال، فالبحوث الاقتصادية تشير إلى أنَّ التمويل الربوي يميل بصورة عفوية إلى الانسياب نحو الأغنياء في

(١) انظر عرضاً شاملاً وخلاصة شافية في هذا الموضوع، في بحث د. رفيق المصري: «ربا القرض وأدلة تحريمه» جدة: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز ١٤١٠ هـ (طبعة ٢).

المجتمع[(١)]، فيزيدهم قوة مالية وغنى، ويحرم الفقراء من التمويل، فتزداد الهوَّة اتساعاً بين الأغنياء والفقراء[(٢)]. وهذا لا يزول بمجرد تأميم الدولة للمصارف.

١٨/٢١ ـ بقي الحل الخامس وهو متابعة متأخري الحنفية في فتواهم بجواز تحديد ولي الأمر منفعة مالية فوق القرض على أساس ما أسموه: بيع المعاملة.

فأقول في هذا: إنَّ عمل ولي الأمر في تحديد نسبة المنفعة المذكورة معناه: تحديد سعر الفائدة الربوية مهما غُيرت التسمية، فلا يغير ذلك شيئاً من حقيقة أنها ربا.

وقد بيَّنا في هذا المدخل الفقهي (ف ١٥/١٣) أنَّ بيع المعاملة المذكور هو «طريقة احتيالية لربا سمي منفعةً»، ولم يكن هذا خافياً على أحد من الفقهاء، لكن قبولهم بها كان بسبب ما شاهدوه من اشتداد حاجة الناس العامة إلى التمويل، وعدم معرفتهم بكيفية إقامة تنظيم اقتصادي يلبي حاجة الناس ويغني عن هذه الحيلة وأمثالها.

وقد انتفى ذلك السبب اليوم لما قدَّمناه في متن الكتاب، فلم يعد ثمة حجة لبيع المعاملة الذي لا يخرج أبداً عن كونه ربا مقنَّعاً أفتى به من أفتوا لحاجة عامة قد زالت اليوم بقيام مؤسَّسات مالية استثمارية إسلامية خالية من الربا.

---

(١) لأنَّ لهم ثروة سابقة تكفل للمقرض أهم ما يحرص عليه وهو استرداد القرض مع الربا المشروط، بصرف النظر عن الربح أو الخسارة في المشروع الذي تمَّ تمويله بالقرض.

(٢) انظر: د. محمد نجاة الله صديقي «لماذا المصارف الإسلامية» مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م).

و د. محمد أنس الزرقاء، «نظم التوزيع الإسلامية»، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، العدد ١ المجلد ٢، ١٤٠٤ هـ (١٩٨٤ م)، ص ٣٨.

الفصل الثاني والعشرون

القوانين المدنية في البلاد الإسلامية
وفضل بنائها من الفقه الإسلامي[1]

۱/۲۲ ـ نحن اليوم بحاجة إلى تجديد في بناء مجلة الأحكام العدلية الشرعية، تصاغ به من الفقه الإسلامي بمعناه الواسع، أي من مجموع اجتهاداته، لا من الاجتهاد الحنفي فقط.

وبذلك يمكن أن نحصل على قانون مدني إسلامي يفوق أحسن القوانين المدنية المعروفة إلى اليوم، لما في تلك الاجتهادات المختلفة من مبادىء ومبان وأحكام تتَّسع لجميع الحاجات التشريعية الواقعة والمتوقعة، وإنَّ مصادرها قريبة النسب منا وسهلة التناول علينا.

وفي هذا الوقت الذي تَتَوجَّه فيه نيَّة أولي الأمر في سورية إلى وضع قانون مدني جديد يحلُّ محل المجلة، إذا استمد هذا القانون من التشريع

---

* (۱) كتب هذا الفصل في عهد المجلة (قبل القانون المدني السوري) حين كنا ننتظر قانوناً حديثاً مستمداً من الفقه الإسلامي على نحو ما بيَّنا في الفصل، وكان عنوانه حينذاك: قانوننا المدني المنتَظَر وفضل بنائه من الفقه الإسلامي المتَّسع لحاجات التشريع القويم.

وكنا بيَّنا في مقدمة الطبعة الثالثة أنه في خلال تلك الطبعة في فترة الانقلاب العسكري الأول في سورية سنة ١٩٤٩ م قد أخذت حكومة الانقلاب قانوناً مدنياً أجنبيَّ الأصول والمصادر هو القانون المدني المصري الجديد، فقطعت بذلك صلتنا بالفقه الإسلامي الذي هو أعظم تراث محفوظ عربي الأصول!!

وكان ذلك على أيدي أناس تعاونوا مع حكومة ذلك الانقلاب من الشعوبيين أعداء العروبة والإسلام.

الإسلامي مع إضافة الأوضاع الحقوقية الزمنية الجديدة وتخريجها على أسسه ومبانيه، فإنَّ هذا الاستمداد ـ علاوة على ما فيه من إحياء تراث لنا جليل ـ يحول دون تخبُّط في مشكلات لا حدود لها من اضطراب التطبيق فيما إذا استمد القانون من تشريع أجنبي. فالحوادث التي لا تتناولها صراحة النصوص، وهي كثيرة الوقوع يرجع عندئذ في تخريج أحكامها إلى مصادر إسلامية معروفة في المذاهب الاجتهادية المستمد منها، عِوَضاً عن الرجوع إلى مصادر أجنبية مجهولة في محيطنا ونابية عن فهوم قضاتنا والأساليب التي ألِفُوها.

وهذه مصر التي استمدت فيما مضى، لأسباب سياسية، قانونها المدني من التشريع الفرنسي تقوم فيها اليوم ـ إذ نبهها الرشد العلمي ـ صرخة من رجال القانون أنفسهم تدعو إلى وضع قانون مدني جديد مستَمَدٍ من الفقه الإسلامي.

٢٢/ ٢ ـ ولكي يتجلى لنا مدى قابلية الاجتهادات الإسلامية لوفاء الحاجات التشريعية الحديثة نأتي بأمثلة من أهم ما جاءتنا به القوانين في بلادنا السورية، ونرى ما يوافقها مما سبقت إليه الاجتهادات الإسلامية:

١ ـ جاءت المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني بقاعدة عدها واضعو هذا القانون فتحاً جديداً[1] تقرَّبوا به من التشريع الأوروبي الحديث، وهي قاعدة اعتبار الشروط العقدية في المقاولات والعقود، وإلغاء الفساد بالشروط التي كانت تعتبر مفسدة للعقد بالنظر الفقهي الذي أقرَّته المجلة.

وإنَّ ما جاءت به المادة/ ٦٤/ المذكورة من هذه الناحية هو موافق

---

* (١) نلفت النظر إلى أنَّ المادة/ ٦٤/ المذكورة قد ألغيت لدينا بإلغاء قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني وحلول قانون جديد محله سنة ١٩٥٣.

أما المبادىء القانونية التي تضمنتها المادة/ ٦٤/ المذكورة فقد استعيض عنها بأحكام مماثلة في القانون المدني السوري الجديد الذي أشرنا إليه في الحاشية السابقة.

لمذهب ابن شبرمة الذي أشارت إليه لجنة المجلة نفسها في مذكرتها الإيضاحية كما تقدَّم، ولمذاهب أخرى ترى احترام الشروط التعاقدية وصحة العقود معها، وترعى في هذا قول رسول الله ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم**». (ر: ف ١/١٧، ف ٢/١٠ الحاشية).

وهو الموافق للعرف العربي القديم قبل الإسلام، وعليه المثل المأثور: «الشرط أملك، عليك أم لك»[1].

وهذا عين النظرية الحقوقية الحديثة القائلة «**إن عقد الإنسان قانون له**».

وقررتها المادة/١٤٨/ من قانوننا المدني الجديد إذ قالت: «**العقد شريعة المتعاقدين**».

وسنرى تفصيل ذلك في موطنه من بحث فساد العقود (ف ٣/٥٧ و ٧/٥٧).

٢ ـ إنَّ المجلة لا توجب على الغاصب ضمان منافع المغصوب التي استوفاها أو عطلها على المالك مدة الغصب وفقاً للاجتهاد الحنفي بحجة أنَّ الغاصب خاضع لضمان قيمة العين المغصوبة إذا هلكت.

وقد عدلت القوانين لدينا هذا الحكم، فأوجبت ضمان أجر مثل المغصوب على من يغصبه فيعطله أو يستوفي منه منفعة بلا عقد، وفي هذا التعديل المصلحة والصواب كما سنوضحه في الجزء الثاني من هذا الكتاب.

وهذا موافق للاجتهادين الشافعي والحنبلي.

---

* (١) يظن بعضهم أنَّ هذه الجملة المأثورة هي من كلام ابن شبرمة في تعبيره عن مذهبه، وبعضهم يظنها من كلام ابن أبي ليلى، وليس كذلك، بل هي مثل عربي أول من قاله الأفعى الجرهمي في قضية احتكم إليه فيها، وكان من حكماء العرب، كما في «مجمع الأمثال» للميداني. ولعل ابن شبرمة تمثَّل به.

أما ابن أبي ليلى فمذهبه في اعتبار الشروط هو عكس ذلك، كما في المذكرة الإيضاحية المثبتة في صدر المجلة، وفي «فتح القدير» للكمال بن الهمام (٦/٧٦).

٣ ـ الاجتهاد الحنفي أوجب انفساخ الإجارة، بموت أحد العاقِدَين، والمجلة في هذا ساكتة. وقوانين الإجارات قضت بعدم الانفساخ بالموت.

وهذا موافق للاجتهاد الشافعي.

٤ ـ القوانين العقارية استغنت عن إيجاب القبض في العقار المرهون، اكتفاء بوضع إشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري.

وهذا موافق للاجتهاد المالكي في عدم اشتراط القبض لصحة عقد الرهن ولا للزومه. كما تقدَّم (ف ١٦/٨).

ثم في نتيجة ذلك أصبح العقار المرهون بلا قبض غير مضمون على المرتهن في حالة التلف بحكم القانون، وهذا أيضاً موافق للاجتهاد الشافعي في عدم ضمان المرهون.

٥ ـ قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/[1] ألغى شفعة الجوار التي أقرَّتها المجلة، وهذا الإلغاء موافق للاجتهاد الشافعي الذي لا يرى للجار شفعة، بل يقصرها على الشريك.

كما أنَّ قانون الملكية العقارية المذكور قد عدَّل أيضاً في المدد التي حددتها المجلة لطلب الأخذ بالشفعة، فإن أهمل الشفيع الطلب فيها سقطت شفعته.

وتلك المدد الجديدة موافقة لآراء منقولة في المذهب المالكي.

٦ ـ قانون الجزاء في معظم أحكامه موافق للمبدأ الفقهي في تفويض عقوبة ما سوى الحدود إلى رأي الحاكم، وهي المسماة بعقوبة «**التعزير**» فالقانون قد حدَّد لكل جريمة عقوبتها سلفاً.

* (١) **ملاحظة**: هذا القانون أُدمِجَتْ مواده أخيراً في القانون المدني الجديد وأصبحت جزءاً منه، وقد ألغى القانون المدني المذكور حق الشفعة بتاتاً في سورية!! بينما أصله وهو القانون المصري ظل محتفظاً بها لمنفعتها.

وهذا التحديد من صلاحية ولاة الأمر شرعاً.

هذه أمثلة قليلة من كثير؛ والتتبع في هذا الموضوع لا ينتهي؛ وهي تنبيء بالأمر الواقع الذي نريد أن يعلم، وهو: **إنَّ الاجتهادات الإسلامية لا يشذُّ عن مجموعها مبدأ حقوقي حكيم، أو نظرية معقولة.**

٣/٢٢ ـ بعض ثمرات التقنين من الفقه.

قام في مصر فريق من كبار القانونيين وفقهاء الشريعة منذ وضع القانون المدني المصري الجديد في الأربعينيات، وهو قانون أجنبي الأصول، فدعوا إلى استمداده من فقه الشريعة الإِسلامية بمختلف مذاهبها، وصاغوا نظرية العقود الواردة فيه كلها صياغة جديدة تتضمن الأحكام القانونية نفسها مستمدة من مذاهب الفقه الإِسلامي مع إحالة كل مادة على المرجع الفقهي الذي استُمدت منه، فبرهنوا بذلك على إمكان إنشاء أحدث القوانين العصرية من الفقه الإسلامي. وقد بدأت هذه الجهود العلمية وأمثالها في البلاد الأخرى، مع ما رافقها من مطالبات شعبية قويّة، بدأت تؤتي أكلها في بعض البلاد العربية، حيث ولد أول قانون مدني حديث في أسلوبه وترتيبه وتبويبه مستَمَداً من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، وذلك في المملكة الأردنية على يد لجنة من رجال الفقه والقانون، مع مذكرة إيضاحية تواكب موادَّه مادة فمادة، وتصلها بمصادرها من فقه المذاهب، أو تدعمها بقياس اجتهادي، أو بالتخريج على قاعدة الاستصلاح والمصالح المرسلة. وصدَرَ ذلك القانون رسمياً في عام ١٩٧٦ م، وحلَّ محل مجلة الأحكام العدلية التي كانت معمولاً بها في الأردن حتى ذلك التاريخ.

وصدور هذا القانون كَسَر حاجزَ الصعوبات التي كانت تعترض تحقيق هذه الفكرة من منتصف هذا القرن. وكان في اختلاف المذاهب الفقهية ومرونة نصوص الشريعة أكبر عون على اختيار الأحكام المناسبة الملائمة لحاجة العصر.

وقد بادَرَت دولة الإِمارات العربية المتحدة إلى أخذه كاملاً وإصداره

قانوناً مدنياً لها، كما أخذت به كاملاً جمهورية السودان عام ١٩٨٣ م.

وقد جاء القانون المدنيُّ الأردنيّ حجّةً دامغةً للمنادين بضرورة تحقيق هذه الفكرة، وذلك بالمذكرة الإيضاحية الضافية التي ربطت مواده بمستنداتها من قواعد الفقه وأصوله من مختلف المذاهب.

والواقع أنَّ هذا القانون قد اقتبس كثيراً من القانون المدني المصري الجديد الأجنبي الأصول ترتيباً وصياغةً، ومن الناحية الموضوعية كل ما وجده من المبادىء والأحكام قابلاً للتخريج على قواعد الفقه الإسلامي ومقاصد الشريعة والمصالح المرسلة. ومن الممكن في جولة أخرى تنقيحية عليه وعلى مذكرته الإيضاحية أن يصبح أكمل وأحكم صياغة، وأن يربط بالفقه وأصوله ربطاً أوثق.

٤/٢٢ ـ وهذه الخطوة الرسمية الجريئة في الأردن مَهَّدت السبيل إلى الخطوة التالية: وهي (**مشروع القانون المدني العربي الموحَّد**) المستمد من الفقه الإسلامي.

فقد كانت جامعة الدول العربية في منتصف السبعينيات كلَّفت دائرتها القانونية وضع مشروع لقانون مَدَني موحَّد تأخذه من تشاء من الدول العربية، توحيداً للتشريع المدني فيها. وألَّفت لذلك لجنة خبراء من رجال القانون بدأت وضع المشروع في السبعينيات مستَمَداً من التقنينات الأجنبية. ثم تبيَّن لها أنَّ البلاد العربية لا يمكن أن تقبل شعوبها قانوناً بعيداً عن أصالتها الفقهية أجنبي المصادر، ولا سيما بعد صدور القانون المدني الأردني، فغيَّرت الاتجاه، وألَّفت لجنة خبراء من فقهاء الشريعة والقانون لوضع المشروع مستمَداً من الفقه الإسلامي وأصوله دون تقيُّد بمذهب معيَّن، ومؤصَّلاً بمذكرة إيضاحية تربط كل مادة فيه بمأخذها ومرجعها من مصادر الفقه ونصوص الفقهاء. (وكنت أنا أحد أعضاء لجنة الخبراء هذه).

بدأت اللجنة أعمالها باجتماعات دورية في أول الثمانينيات، وأنجزت حتى عام ١٩٨٤ م وضع الباب التمهيدي للقانون، ونصوص النظرية العامة

للالتزامات (وهي التي تمثّل العمود الفقري من القانون وأصعب مرحلة فيه) كاملة بكل أبوابها وفصولها من مصادر الالتزامات حتى انقضاء الالتزام، مؤصّلة تأصيلاً فقهياً كاملاً بمذكرة إيضاحية تواكب نصوص المواد[١].

٢٢/ ٥ ـ ومن الجهود الفردية القيّمة التي ظهرت أخيراً في هذا المجال كتاب أحمد بن عبد الله القاري: «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل»، الذي حذا فيه مؤلفه رحمه الله حذو مجلة الأحكام العدلية، لكنه بناه على الفقه الحنبلي خاصة، وقد بلغ/ ٢٣٨٢/ مادة[٢].

---

(١) قمت بإلحاق النص الكامل لمواد النظرية العامة للالتزامات بكتابي «الفعل الضار والضمان فيه»، دار القلم: دمشق ١٤٠٩ هـ (١٩٨٩ م) في الصفحات ١٨٥ ـ ٢٥٤).

(٢) ألف هذا الكتاب عام ١٣٤٣ هـ، ولم ينشر إلا عام ١٤٠١ هـ بعناية الباحثين الفاضلين د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان. ود. محمد إبراهيم أحمد علي، مطبوعات تهامة، السعودية.

الملحق الأول بالفصل الثاني والعشرين

بعض مقررات المؤتمرات القانونية الدولية

وشهادة أقطاب القانون حول مزايا الفقه الإسلامي

٢٢/٦ ـ إنَّ الراسخين اليوم في علم الحقوق من رجالات أوروبة أصبحوا يعترفون بأنَّ التشريع الإِسلامي يعدُّ في طليعة المصادر الصالحة لسدِّ حاجات التشريع الحديث.

وينطق بذلك قرار مؤتمر القانون المقارَن المنعقد بمدينة لاهاي في جمادى الآخرة سنة/١٣٥٦/ هـ = آب سنة/١٩٣٨/ م، إذ دُعي إليه الأزهر فمثَّله فيه مندوبان من كبار العلماء حاضرا فيه (عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في الإسلام، وعن نفي كل علاقة مزعومة بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية).

فقد سجَّل هذا المؤتمر على إثر ذلك قراره التاريخي الهام بالنسبة إلى رجال التشريع الأوروبي. وقد جاء فيه:

١ ـ اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام.

٢ ـ وأنها حيَّة قابلة للتطور.

٣ ـ وأنها شرع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره[١].

٢٢/٧ ـ وحين طبع كتابنا هذا الطبعة الثالثة طلعت علينا أنباء قرار مؤتمر المحامين الدولي الذي انعقد في مدينة «لاهاي» بأوروبة ما بين/ ١٥ ـ

---

(١) تاريخ التشريع الإسلامي للأساتذة السايس والسبكي والبربري، في نهايته ص (٣٢٢ ـ ٣٢٣).

/٢٢/ من شهر آب عام /١٩٤٨/م وقد اشتركت فيه ثلاث وخمسون دولة من مختلف الأمم والأقطار، وأرسلت كل دولة من الأساتذة والمحامين لديها من يمثلها فيه، وقد كان ممثل سورية فيه زميلنا الأستاذ في كلية الحقوق السورية الدكتور مأمون الكزبري الذي حاضر في هذا المؤتمر عن **«الملكية العقارية في الشرع الإسلامي»** فأثبت في محاضرته أنَّ النظرية الإِسلامية في الملكية هي أعدل النظريات القديمة والحديثة، إذ اعتبرت الملكية حقاً نسبياً ليس ذا سلطان مطلق مثلما عليه بعض التشريعات الوضعية القانونية، كالتشريع الروماني القديم والإِنكليزي الحالي، وليس مغلولاً كما تريده بعض التشريعات الاجتماعية الحديثة اليوم.

وإنَّ هذا المؤتمر الأخير، بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه، وعطفاً على ما كان قرَّره مؤتمر القانون المقارن السابق سنة/١٩٣٧/م في مدينة لاهاي نفسها بشأن التشريع الإِسلامي ـ مما ذكرناه آنفاً ـ قد اتخذ القرار التالي الذي ترجمته:

نظراً لما في التشريع الإِسلامي من مرونة، وماله من شأن هام، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع، وتشجع عليها[1].

٨/٢٢ ـ وهنا يحسن أن نشيد بالكلمة المأثورة عن الأستاذ العلامة الحقوقي الكبير عبد الرزاق السنهوري من مقال منشور في مجلة القضاء العراقية (في العدد الأول من السنة الثانية مايس/١٩٣٦) ومنقول في العددين /٦ ـ ٧/ للسنة الأولى من مجلة نقابة المحامين بدمشق، إذ قال في صدر بحثه عن صلاح الشريعة الإِسلامية للخلود في ميدان التطبيق المدني:

---

(١) إنَّ نص اقتراح لجنة التشريع المقارن في هذا المؤتمر باللغة الإنكليزية التي صيغ بها، كما وافانا به زميلنا الدكتور مأمون الكزبري عضو المؤتمر المذكور وأقرته جمعيته العامة هو كما يلي:

Because of the recognized flexibility and importance of muslim law the comparative study by the international bar association must be adopted and encouraged.

«لا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب كالفقيه الألماني كوهلر Kohler، والأستاذ الإيطالي دليفيشيو Delvechie، والعميد الأميركي ويكمور Wigmore، وكثيرين غيرهم ممن يشهدون بما انطوت عليه الشريعة الإسلامية من مرونة وقابلية للتطور؛ ويضعونها إلى جانب القانون الروماني والقانون الإنكليزي إحدى الشرائع الأساسية الثلاث التي سادت ولا تزال تسود العالم. وقد أشار الأستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسي المعروف في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ إلى هذا التقدير الكبير للشريعة الإسلامية الذي بدأ يسود بين فقهاء أوروبا وأميركا في العصر الحاضر.

ولكني أرجع للشريعة نفسها لأثبت صحة ما أقرته:

ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادىء لا تقل في الرقي والشمول، وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث.

وإني آتي بأمثلة أربعة اضطررت إلى الاقتصار عليها لضيق المقام:

يدرك كل مطلع في فقه الغرب أن من أحدث نظرياته في القرن العشرين نظرية «التعسف في استعمال الحق»، ونظرية «الظروف الطارئة»، ونظرية «تحمل التبعة»، و «مسؤولية عدم التمييز».

ولكل نظرية من هذه النظريات الأربع أساس في الشريعة الإسلامية لا يحتاج إلا إلى الصياغة والبناء».

ثم أوضح الأستاذ السنهوري بإسهاب أسس هذه النظريات الحديثة الأربع في الشريعة الإسلامية.

٩/٢٢ - وبهذه المناسبة ننقل هنا عبارة جليلة جميلة عن واجب البلاد السورية في تشريعها الجديد المنتظر للأستاذ الفرنسي الكبير (دونديو دوفابر Donnedieu de Vabres) من أعلام علماء الحقوق الجنائية في العصر الحاضر، والأستاذ في كلية الحقوق من جامعة باريز، ذكرها في مقدمته التي

كتبها على رسالة زميلنا الدكتور أنور إبراهيم باشا التي عنوانها **«المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية بنظر الاجتهاد الحنفي»**.

«De la responsabilité pénale en Droit Islamique d'aprés la Doctrine Hanafite».

وهي الرسالة التي نال بها شهادة الدكتوراه في الحقوق من الجامعة المذكورة، سنة/ ١٩٤٤/ خلال الحرب العالمية الثانية الماضية، إذ يقول الأستاذ دوفابر ما ترجمته:

«عندما تضع الحرب أوزارها في يوم السلم القريب ستجد سورية نفسها أمام ضرورة ملجئة إلى أن تستبدل بالتشريعات المتنوّعة السائدة في بلادها، وخاصة منها المجموعة القانونية العثمانية لسنة/ ١٨٥٨/ م، تشريعاً موحداً ملائماً للعصر.

وسوف تلجأ بلا ريب، كما فعلت سابقاً، إلى نماذج أجنبية. ولكنها يجب أن لا تهمل ماضيها التشريعي المجيد، المنشىء للحضارة الرفيعة، والمكوّن من تراثها الإسلامي.

وإنّ مؤلف هذه الرسالة يساهم في إظهار صورة هذا الماضي مشخَّصة بارزة»[1].

هذا ولا أجد ختاماً أختم به هذه المقدِّمة أجمل وأمثل من كلمة ابن القيم المأثورة إذ يقول:

---

(١) النص الفرنسي لعبارة الأستاذ «دوفابر» هذه هو كما يلي:

au Jour prochain de la paix, la Syrie se verra dans l'obligation urgente de substituer aux législations variées qui régnent sur son territoire, et, notemment au Code ottoman de 1858, un droit unifié et modernisé.

Comme précédemment, elle aura recours, sand doute, à des exemples étrangers.

Mais elle ne saurait négliger le précédent illustre, et hautement civilisateur, que constitue sa tradition islamique.

L'auteur de ce livre aura, heureusement, contribué à mettre ce précédent en relief.

(ر: مقدمة الرسالة المذكورة، الطبعة الأولى، ص/ ٥).

«إنَّ الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السموات والأرض.

فإذا ظهرت أمارات الحق وقامت أدلته بأيِّ طريق كان، فذلك من شرع الله ودينه، ورضاه وأمره»[1].

فبأمثال هذه الأدمغة النضيجة، والأفهام الصافية، نهض الفقه الإِسلامي نهضته العالية، وبرزت مكنوناته من أكنان الشريعة، ولعل لتلك النهضة الفقهية عودة سريعة.

---

* (١) ذكر ذلك ابن القيم في أواخر كتابه القيم **«إعلام الموقعين عن رب العالمين»** (٣/ ٥٤٣)، خلال بحثه عن السياسة الشرعية وما تقتضيه من إنشاء الأحكام للناس بحسب دواعي الحاجة والمصلحة، وما يكون من تلك الأحكام السياسية المحدثة نافعاً موافقاً لروح الشريعة الإسلامية أو مضراً مخالفاً.

وقد أتى رحمه الله تعالى في هذه المناسبة بكلام نفيس جداً عن مبدأ وأسباب استحداث ما سماه: **«القوانين السياسية»** ـ أي الأحكام المسنونة بأوامر ولاة الأمر بناء على دواعي السياسة الشرعية ـ وبيّن كيف أنَّ طائفة من المدَّعين لأنفسهم علم الشريعة ضيَّقوا نطاقها جهلاً منهم، وسدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من الطرق الشرعية لإقامة العدل وتنظيم مصالح العباد وحقوقهم، وجعلوا الشريعة كأنها قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، حتى رأى ولاة الأمور أن الناس لا يستقيم أمرهم إلا بشيء زائد على ما فهمه هؤلاء من فهم ضيق في الشريعة المتسعة، فأحدثوا لهم **قوانين سياسية** لتنتظم بها مصالح العالم، وكان من هذه القوانين الصالح ومنها الفاسد. فتولّد من تقصير أولئك في الشريعة وإحداث هؤلاء ما أحدثوه من أوضاع سياستهم شر طويل وفساد عريض إلخ. . .

ثم قال رحمه الله:

«ولا نقول: إنَّ السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة، بل هي جزء من أجزائها، وباب من أبوابها. وتسميتها «سياسة» أمر اصطلاحي، وإلا فإذا كانت عدلاً فهي من الشرع».

ثم ساق أمثلة عن أعمال الرسول ﷺ وصحابته وأحكامهم بين الناس بالسياسة الشرعية، فلتنظر فيه.

وقد أعاد معظم هذا البحث في كتابه **«الطُّرق الحكمية»** (ص/ ١٢ ـ ١٥).

وقد دل تعبير ابن القيم بلفظ **«القوانين السياسية»** على أنَّ إطلاق **«القوانين»** على معنى الأنظمة التشريعية الزمنية كان مستعملاً في اصطلاح الفقهاء قبل ابن القيم المتوفى سنة/ ٧٥١/ هـ.



الملحق الثاني بالفصل الثاني والعشرين

تقنين الفقه الإسلامي والتقنين منه

٢٢/ ١٠ ـ مقدمة:

يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام والقواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، وتبويبها وترتيبها، وصياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة. ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة، ويلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس.

ونقصد بتقنين الفقه الإسلامي، تطبيق طريقة التقنين الآنف الذكر على الأحكام الفقهية المأخوذة من مذهب واحد.

وإذا كان في المسألة الواحدة أقوال متعدِّدة ضمن المذهب، يختار واحد منها فقط. أي ان تقنين الفقه يراد به تقنين أحكام المذهب الواحد في المعاملات إذا أرادت الدولة في بعض الأقطار الإسلامية أن يجري قضاؤها على مذهب واحد فقط.

أما التقنين من الفقه فنريد به أن تستمد الدولة تقنيناتها في مختلف الموضوعات من الفقه الإسلامي بمفهومه العام، أي من جميع المذاهب المعتبرة، ومن آراء فقهاء الصحابة والتابعين ومَن بعدهم من المجتهدين الذين نُقِلَت آراؤهم في كتب اختلاف الفقهاء، ولم تدوَّن لهم مذاهب كاملة في جميع أبواب الفقه ومعاملاته، كالليث بن سعد والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى. ثم إذا لم يوجد في جميع الفقه في الموضوع المراد تقنينه

رأي سابق، لأنَّ الموضوع مستمد من قضايا العصر المستجدة أو كان في الموضوع رأي فقهي سابق، ولكن المصلحة الزمنية (بميزانها الشرعي) تتطلب اجتهاداً جديداً بخلافه، يلجأ عندئذ إلى تخريج الأحكام المراد تقنينها في الموضوع على قواعد الفقه الإسلامي العامة، وأصول الفقه، ومقاصد الشريعة، والمصالح المرسلة.

وفي تقنين الفقه أو التقنين منه، عندما تتعدَّد الآراء والأقوال الفقهية في المسألة الواحدة، يختار منها للتقنين ما هو الأصلح بحسب قوة الدليل الشرعي، ويُسْر التطبيق، والقُرب من مقاصد الشريعة وعدالتها. وهذا الاختيار عمل اجتهادي يتطلَّب فوق المعرفة الشرعية بصيرة زمنية بأحوال الناس العملية وأنواع المشكلات التي يصادفونها، والمخالفات التي يقعون فيها. وغالباً ما يعهد بهذا العمل الاجتهادي إلى مجموعة من الخبراء الثقات، وقلما يترك لرأي شخص واحد، فهو اجتهاد جماعة وليس اجتهاد فرد.

والمحصِّلة النهائية للتقنين هي أنه يثبت في كل مسألة حكماً فقهياً واحداً واضح النص واجب التطبيق على القاضي والمتقاضي. وينحصر اجتهاد القاضي حينئذ في فهم هذا النص وتطبيقه على وقائع القضايا.

٢٢/١١ ـ أهمية التقنين:

إن من بديهيات قواعد النظام اليوم في العالم أنَّ المواطن المكلَّف، أي الفرد في الدولة، له الحق كل الحق أن يعرف مسبقاً حكم النظام الذي يسري عليه في الأفعال والتصرُّفات والعقود وسائر الحوادث التي يمكن أن تقع منه أو عليه، لكي يعرف كيف يطيع النظام، ويعرف ما هي تبعاته إذا عصاه؟

ومردُّ ذلك إلى مبدأ هو من بديهيات أصول الشرائع الإلهية المصدر أو الوضعية على حد سواء، هو مبدأ (علنية النظام). فكل نظام يراد تطبيقه على المكلفين يجب أن يكون معلناً إليهم بجميع قواعده وأحكامه قبل

سريانه عليهم ونفاذه فيهم، لأنَّ علم المكلف بالنظام الذي تُطلب منه طاعته شرط لصحة التكليف. وإن تكليفه بطاعة نظام غير معلن، بل هو في ضمير الحاكم، هو تكليف بما لا يطاق، وهو ممتنع شرعاً وعقلاً.

وعلنية النظام هي طريق علم المكلف به، فيمكن بعدها الحكم على المكلَّف بمقتضاه، سواء أعلم به بعد ذلك أو جهله، لأن بالإعلان أصبح قادراً على معرفة أحكامه جملة وتفصيلاً، إما بنفسه أو بالسؤال من أهل العلم. ومن ثم قامت في عالم التشريع القاعدة الشهيرة: **«أنَّ الجهل بالقانون ليس عذراً للمكلف يمنع تطبيقه عليه»**، لأنه بعد كونه معلناً للجمهور يعتبر عدم اطلاع بعض المكلَّفين عليه تقصيراً منهم، فلا يبقى جهلهم عذراً لهم. فالمهم أن لا يفاجأ المكلف بمسؤولية بمقتضى نظام لم يعرفه، ولم يكن له سبيل إلى معرفته، لأنه غير معلن.

وقد كانت العلنية في الشرائع قديماً تحقق بالوسائل الممكنة إذ ذاك، كالنقش على النصب (المسلات)، أو على ألواح من الخزف تعرض في الأماكن العامة، أو إرسال منادين ينادون ويعلنون للناس ما يصدر عن الحكام أصحاب السلطة من أوامر ونواهٍ وترتيبات إلزامية.

واليوم تتحقق العلنية بالنشر في جريدة رسمية تصدرها الدولة، وتعتبر مسؤولة عن كل حرف ينشر فيها.

ومن ثم أيضاً كان من المقرَّر في النظم القضائية، مهما تعددت المحاكم في الدولة الواحدة، أن لا تتعدد محكمة التمييز (محكمة النقض والإبرام)، بل يجب أن تكون واحدة ليكون الاجتهاد القضائي الملزم واحداً كوحدة النص أمام المكلف، حتى يستطيع أن يعرف مسبقاً ما سيطبَّق على أعماله وتصرفاته.

وهذا لا ينافي إمكان تبدُّل اجتهاد محكمة التمييز، فإنَّ حالة التبدل تقبل بصورة استثنائية للضرورة، ثم نبقى أمام اجتهاد واحد في تفسير النص الواحد أو القياس عليه أو ما لانصَّ فيه من الحوادث، إذ يحل الرأي

الاجتهادي الجديد محل القديم، ولا نكون بصورة دائمة في دوامة أمام آراء اجتهادية متعددة يتخيَّر القاضي بينها، فلا يعرف المكلَّف مصيره فيها.

١٢/٢٢ ـ رأي في اجتهاد القاضي:

وفي صدر الإسلام كان القضاة مجتهدين، بحكم الضرورة على خلاف الأصل، إذ لم تكن قد تكوّنت وتبلورت آراء ومذاهب اجتهادية في فهم نصوص الشريعة في الكتاب والسنة، ليمكن الاختيار من بينها للقضاء، فكان ذلك حالة استثنائية (كتبدل اجتهاد محكمة التمييز اليوم) تقبل ولا تستمر بصورة دائمة حرصاً على مبدأ علنية النظام.

وإذا كان القضاة في صدر الإسلام مجتهدين، فقد كان ذلك حالة لابدّ منها ولا محيص عنها قبل أن تستقر قواعد الفقه وأصوله ومذاهبه. إذ كان الصحابة ومن تلقّى عنهم من التابعين وتابعيهم متفرقين في الأمصار، وعند كل منهم علم من سنة رسول الله ﷺ وتفسيره للقرآن ما ليس عند الآخر، كما قاله مالك (رضي الله عنه) للرشيد. أما بعد ذلك وقد استقرَّ الفقه على قواعده ومذاهبه فلا يجوز أن يبقى القاضي حراً يختار للحكم في كل قضية ما يراه هو حقاً وعدلاً، ولو كان هو من العلم والفقه في رتبة الاجتهاد، بل يجب تقييده بنصوص معلنة للملأ لا يخرج عنها. وينحصر اجتهاده عندئذ في فهم النص وتفسيره وفقاً لقواعد الفهم والتفسير في أصول الفقه، كما سلفت الإشارة إليه، حتى إن الرأي الاجتهادي للقاضي في فهم النص الموحَّد يجب أيضاً أن يكون معروفاً مسبقاً للمكلفين ما أمكن إلى ذلك من سبيل. ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة التمييز (محكمة النقض) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأياً تفسيرياً واحداً معروفاً لدى المكلفين.

وأما الظن بأنَّ القاضي يجب شرعاً أن يترك لاجتهاده يقضي بحسبه، وأنه لا يجوز تقييده بقول شرعي واحد يلزم بالقِضاء به، فهذا ليس له سَنَد

متين من الفقه، وإنَّ المصلحة توجب خلافَه وتدعو إلى التمسُّك بعلنية الأحكام كما أسلفنا.

ونصوص الفقهاء في كتاب القضاء صريحة بأنَّ القضاء يتخصَّص بالزمان وبالمكان وبنوع القضايا[١]، وبالرأي المذهبي. فلو نصب قاض ليقضي بالمذهب الشافعي في أصح الأقوال فيه ليس له أن يقضي بسواه ولو خالف مذهبه هو. ذلك لأنَّ القضاء في الأصل شرعاً من حق الإمام الخليفة بعد أن كان لرسول الله ﷺ في حياته.

وإن للإمام أن ينيب عنه في القضاء إذا كثرت الأعباء العامة عليه. فالقاضي شرعاً نائب الإمام أي وكيله. والوكيل يتقيَّد بما يقيِّده به الموكِّل، لأنَّ الإرادة الأصلية للمنوب عنه، فإذا رأى صاحب السلطة الشرعية في النظام اختيار رأي شرعي معتَبَر يلزم به الناس نظاماً معلناً يطيعونه ويطبقونه، ويلزم نائبه القاضي أن يقضي به، فهذا صحيح شرعاً، وملزم للقاضي، وليس له تجاوزه والقضاء بسواه اجتهاداً منه.

وهذه المشكلة كانت قد بَرَزَت وحصل الانتباه إليها في أوائل العصر العباسي، ورفعها عبد الله بن المقفع إلى الخليفة المنصور في رسالة سماها (رسالة الصحابة) شرح له فيها «أنه في البصرة يقضى بحل الأنكحة والأموال في حادثة، ويقضى في الكوفة بحرمتها، لاختلاف اجتهاد القضاة. وأشار عليه بأن يوحِّد ما يقضى به بين الناس، وذلك بأن يأمر بجمع تلك الأقضية وآراء الفقهاء المتعارضة في مجموعة، وترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم ينظر هو فيها ويختار في كل قضية ما يلهمه الله أنه الصواب أو الأصوب، فيأمر بالعمل به وينهى عن القضاء بخلافه، فتصبح تلك الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ، حكماً واحداً

(١) أورد الأستاذ المحقِّق الدكتور محمد زكي عبد البر جملة من أقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة في هذا الشأن (تقنين الفقه الإسلامي، قَطر: دار إحياء التراث الإسلامي، ١٤٠٧ هـ، ط ٢)، ص ٣٦ ـ ٦٢.

صواباً. ويكون اجتماع السير قربة لاجتماع الأمر برأي أمير المؤمنين وعلى لسانه» (تنظر رسالة الصحابة لابن المقفع في «جمهرة رسائل العرب» للأستاذ أحمد زكي صفوة (ج ٣ الرسالة/٢٦).

ولكل بلد إسلامي أن يقنِّن في إطار المذهب السائد فيه حيث ائتلفه أهله وأَنسوا به، كما فعلت الدولة العثمانية في تقنين المجلة من المذهب الحنفي. وله أيضاً أن يختار أحكام المجموعة الفقهية القضائية من مختلف المذاهب المعتبرة بحسب ما يراه أكثر ملاءمة لحاجة البلد وتطورها في كل عصر.

فالمهم إنما هو توحيد الحكم القضائي من بين الآراء الفقهية المتعدِّدة بصورة إلزامية للقضاة والمتقاضين في الدولة الواحدة، وتحقيق علنيته بأحسن الوسائل وأوثقها كما توجبه أصول التشريع، وذلك للقضاء على فوضى القضاء، وإنْ كان الأفضل عدم التقيُّد بمذهب واحد، لأنَّ في كل مذهب بعض مزايا وحلول أفضل، نتيجة لأنه ليس أحد من أئمة هذه المذاهب وأتباعهم معصوماً ومحتماً أن يكون عنده الصواب وعند غيره الخطأ، أو أن يكون عنده أحسن الفهوم الاحتمالية جميعاً لنصوص القرآن والسنة النبوية والقواعد المستنبطة منهما. فعند كل منهم ما هو فاضل ومفضول، وما يضيق عنه مذهب من حاجات الزمن قد يتَّسع لحله مذهب آخر. فالعصبية المذهبية في فقه الشريعة بليَّة وغشاوة حاجبة للرؤية يجب أن تذهب إلى غير رجعة لكي تظهر في ميدان التطبيق غزارة الشريعة وفقهها، وقدرتهما على تلبية حاجات العصور، بالإضافة إلى مصلحة توحيد الحكم القضائي وعلنيته المسبقة. ويبقى الاجتهاد مطلقاً للمفتي المؤهل لا للقاضي، وينحصر اجتهاد القاضي بفهم النص المقنَّن فقط تحت رقابة محكمة التمييز توحيداً للاجتهاد الملزم.

وانطلاقاً بالنظر والرؤية السديدة من هذه الزاوية الصحيحة يصبح طريق القضاء سوياً واضحاً أميناً متمشياً مع المصلحة الشرعية والعملية.

ومن ثم يتبيَّن لنا أنه إذا صحَّ ما يقوله مؤرخو نشأة المذاهب الفقهية، وانتشارها من أن أبا يوسف القاضي صاحب أبي حنيفة حينما جعله الرشيد رئيساً للقضاء، وربط به القضاء كان لا ينصب قاضياً إلا من أتباع مذهب أبي حنيفة، فإنَّ عمله هذا يدل على بصيرة نافذة وإدراك عميق لمصلحة القضاء والمتقاضين، لأنه كان الطريق الوحيد لتوحيد الحكم القضائي الواجب عندما لا يكون الفقه مقنناً.

٢٢/١٣ ـ من مزايا التقنين من الفقه:

يرى جمهور الفقهاء والمعاصرين أنَّ مزايا التقنين وموجباته تفوق كثيراً ما يراه البعض من محاذيره[١]. ويقول الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي معدِّداً مزايا التقنين ما خلاصته، أن منها **سهولة مراجعة الأحكام**.

«فمن المعروف أنَّ كتبنا الفقهية معروضة بأسلوب يختلف عن أسلوب العصر، وهي تغصُّ باختلاف الآراء في القضية الواحدة. وهذا يجعل غير المتخصِّص (وهم أكثر الناس) في حَرَج وحَيْرة حين يريدون الأخذ بحكم فقهي. فإذا ما قُنِّنت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة، ورُتِّبت ترتيباً ميسَّراً فعندئذ يسهل على القاضي والفقيه والمحامي والمثقف العادي معرفة أحكام الشريعة في العقود والمعاملات.. وربما يزهد الكثيرون في مراجعة أحكام الشريعة التطبيقية لصعوبة الرجوع إلى كتب الفقهاء مفضِّلين الأخذ بالقوانين الوضعية الغربية المذللة الطريق في مراجعها وموسوعاتها.

وإلى جانب هذا التسهيل، فإنَّ تقنين الفقه يؤدي إلى ضبط الأحكام الشرعية واعتماد الرأي الأصلح من الآراء المختلفة بين المذاهب، بل وفي المذهب الواحد.

«فماذا يفعل القاضي أمام هذا الحشد الهائل من اختلاف الفقهاء؟

---

(١) نقل الدكتور عبد البر في كتابه «تقنين الفقه» (ص ٥٦ ـ ٥٩) أقوال عدد من الفقهاء المحدثين في ذلك.

أليس من الواجب حينئذ، ونحن في عصر السرعة وتعقُّد المعاملات، وكثرة القضايا المعروضة على المحاكم.. أليس من المصلحة أن نيسِّر إصدار الحكم؟ إنَّ الاجتهاد المطلوب من القاضي هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي المقنَّن على الوقائع المعقدة.. أما الاجتهاد بالمعنى الأوسع فنتركه لمن يختار الأحكام عند التقنين» (من كتاب: **تقنين الفقه الإسلامي** مؤسسة الرسالة، ١٤٠٨ هـ/١٩٨٧ م، ص ٢٧ ـ ٢٨، باختصار و تصرُّف يسير).

الملحق الثالث بالفصل الثاني والعشرين

توحيد النظام الجنائي في البلاد العربية

على أساس الشريعة الإسلامية[1]

في تقديري أنَّ النظام الجنائي المتمثل اليوم في قوانين العقوبات في البلاد العربية يمكن استمداد أحكامه (إلا قليلاً منها) من الشريعة الإسلامية وفقهها المتمثل بآراء الفقهاء من المذاهب الفقهية.

٢٢/ ١٤ ـ التعزير: ففيما سوى عقوبات الحدود الخمسة: الزنى والسرقة والقذف وشرب الخمر والحِرابة (أي قطع الطريق) وبعض حالات القصاص نستطيع أن نحكم بأنَّ ما تتضمنه قوانين العقوبات مقبول شرعاً على أساس قاعدة التعزير الذي هو عقوبة غير نصية محدَّدة، بل هي متروكة لتقدير السلطات الزمنية في كل جرم بحسبه، وبحسب ظروف الزمان والمكان.

بل يمكن أن يقال أكثر من ذلك: إنَّ أحكام قوانين العقوبات يمكن اعتبارها تنظيماً مستحسناً شرعاً لتطبيق قاعدة التعزير.

ذلك أنَّ القاعدة القانونية المشهورة: أنْ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص خاص أو عام معلن قبل الفعل المراد تجريمه هي قاعدة مقبولة شرعاً لأنها قائمة على مبدأ وجوب علنية النظام قبل تطبيقه، وهو مبدأ مسلَّم به في

(١) طلب مني أمين المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة في خطاب بتاريخ ٢٧/ ١٢/ ١٩٧٧ فكرة وتصوُّراً حول هذا الموضوع، أورده هنا بتصرُّف يسير.

الشريعة الإِسلامية كما في النظم الوضعية لا حاجة للإفاضة فيه.

فربط كل عقوبة بنص مقنّن قبل فعل الجريمة، وأن يجعل لكل عقوبة حدان أدنى وأعلى يتخيَّر بينهما القاضي بحسب ظروف الجريمة، ووجود أسباب مشددة أو عدمها، هو خروج بعقوبة التعزير إلى صعيد أكثر انضباطاً وأقل اضطراباً في التطبيق، حيث ينحصر خيار القاضي وتقديره بين الحدين اللذين حددهما له القانون. وهذا خير وأعدل مع المكلّف من بقاء عقوبته كلها منوطة بتقدير القاضي دون حد، وما يمكن أن ينشأ عن ذلك من فوضى في الأحكام والأقضية.

والشريعة لم تضع في التعزير لكل جريمة عقوبة محدَّدة واحدة أو ذات حدين يتخيَّر بينهما القاضي، لأنَّ العقوبات التعزيرية تتفاوت بحسب ظروف الزمان والمكان والأشخاص وتحتاج إلى تعديل بين الحين والحين. والشريعة الإسلامية ليس لأحد ولا لسلطة إدخال تعديل على نصوصها، لذلك أتت نصوصها بالأسس التشريعية الثابتة التي تعبِّر عن مقاصدها الأساسية والخطوط العريضة في تنظيم الحياة، وتركت الوسائل والأمور التي تتغيّر بالزمان والمكان وسائر الظروف والملابسات مفوَّضة إلى الحكام أولياء الأمور، ومن ذلك العقوبات التعزيرية، فتحديدها بقانون زمني يجعل لكل منها حداً أدنى وحداً أعلى، ويوزعها على أنواع: فمنها عقوبة بدنية، ومنها حاجزة للحرية، ومنها مالية، ومنها إعدام، ومنها تشغيل، ومنها حرمان إلخ... كل ذلك موافق للشريعة، بل يُعتبر في تقديري من قبيل التنظيم الحسن لتطبيق قاعدة التعزير الذي هو مفوَّض شرعاً لولي الأمر بما يراه محققاً للزجر العادل.

٢٢/ ١٥ ـ أما القصاص: فإنَّ أمره واضح في النفس وفي الأعضاء بشرائطه الشرعية المقررة في المذاهب. وإنَّ فيما سنذكره في هذا الكتاب عن القصاص ما فيه مقنع لكل ذي إنصاف بأنه خير دفاع عن النفس والأعضاء لحمايتها من العدوان، ولا يمكن أن يقوم مقامه في حماية

الضحايا وزجر العادين سجن مهما طال، أو أي تدبير آخر، بل كل عدول عن القصاص هو دفع إلى الثأر الذي طالما ضجت منه ضمائر الإنسانية في التاريخ (ر: في الجزء الثاني من هذا الكتاب، نظرية المؤيدات التشريعية - بحث المؤيدات التأديبية - القصاص).

ومن أهم ما يجب في هذا الشأن عدم الانسياق مع النظريات الأجنبية التي دلت التجارب الطويلة على عدم جدواها، ولا سيما التمييز في القتل العدواني بين أن يكون عن سابق تصوُّر وتصميم، أو يكون بفكرة مفاجئة غير مبيَّتة. فلا يحكمون بالإعدام في الحالة الثانية كما فعلت جميع قوانين العقوبات في البلاد الإسلامية بدءاً من الدولة العثمانية في أواخر عهدها وانتهاءً بالبلاد العربية جميعاً. فهذا التمييز خطأ بعد وجود قصد القاتل إلى إزهاقه الروح. وقد قاست البلاد كثيراً من ويلات الثأر بسبب هذا التمييز المستورد من الجهات الأجنبية، وشرع الله هو العلاج الناجح.

١٦/٢٢ - وأما عقوبات الحدود: فلا يمكن أن يخلو منها قانون عقوبات ويعتبر مستمداً من الشريعة. فعقوبات الحدود تكاد تكون هي الشارة المميزة لقانون العقوبات أنه إسلامي. وهي كلها عقوبات بدنية لأنَّ جرائمها جميعاً ذات تأثير عظيم في زعزعة ركائز المجتمع أفراداً وأُسراً وأخلاقاً وأمناً واقتصاداً. وإذا طبقت بشرائطها الشرعية في المجتمع استقرت ركائزه إلى أقصى حد ممكن.

وأرى أن يُؤخذ مبدئياً في الحدود والقصاص بأوسع المذاهب الفقهية المعتبرة، أي بأكثرها تضييقاً في شرائط إنزال هاتين العقوبتين.

وفي رأيي أنَّ جميع الحدود يمكن الدفاع عنها بقوة وحجج دامغة في وجه خصوم الإسلام من أبنائه المتحللين المتغرِّبين، ومن الأجانب. وقد كتبت في هذا الكتاب (في موضوع القصاص) دفاعاً عنها، وخاصة حد السرقة بقطع اليد ما يفحم كل مكابر. (ر: نظرية المؤيدات التأديبية في أول الجزء الثاني من هذا الكتاب).

غير أنَّ عقوبة واحدة في تقديري من الحدود، لا يمكن إقناع غير المؤمنين بها، هي الرجم للمحصن. فالزنى، وإن لم يرد في القرآن عن عقوبته سوى الجَلْد دون تفريق بين مُحْصَن وغير محصن، قد ثبت فيه رجم المحصن في السنة النبوية الصحيحة ثبوتاً لا يقبل الريب. وتكاد تجمع عليه المذاهب الفقهية سوى الخوارج.

لكن يلحظ أن هذه العقوبة، وهي من أقسى العقوبات على الإطلاق، على جريمة من أعظم الجرائم زعزعةً لكيان الأسرة الإسلامية، قد حُفَّت بشرائط في الإثبات من أبعد ما يكون عن إمكان التحقق ـ حتى إنه يمكن القول بأنَّ جريمتها غير ممكنة الإثبات إلا من طريق الإقرار. فيكون وجودها في النظام اسمياً فقط للهيبة. ومثل ذلك يقال في عقوبة الجَلْد للزاني غير المحْصَن. وهناك اليوم من يحاولون أن ينفوا وقوع الرجم في عهد الرسول وبأمره ﷺ. ولكن هذا مكابرة. وهناك من يحاول أن يعتبروا أنَّ الرجم الذي أمر به النبي ﷺ قد كان استعمالاً منه ﷺ لسلطته في التعزير، وهذا محل نظر.

على أنَّ هناك ناحية مهمة جداً في شرائط الرجم يجب التنبيه إليها وهي أنَّ الإحصان قد فسَّره الفقهاء في معظم المذاهب أنه يتحقق بمجرد الوطء ولو مرة واحدة في نكاح صحيح، حيث يصبح الشخص من رجل وامرأة محصناً ولو كان عند زِناهُ غير متزوج.

وفي نظري أنَّ هذا التفسير للمحصن لا تطمئن إليه النفس، بل التفسير السليم للمحصن أنه من زنى من رجل أو امرأة وله زوج يستغني به عن الحرام، ولا سيما بعد أن استعمل الإحصان بهذا المعنى في القرآن حين تعداد المحرَّمات في الزواج حيث قال الله تعالى:

﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ (سورة النساء ٤/ ٢٤) وقد اتفقت كلمة الفقهاء والمفسرين على أنَّ معناها هنا المتزِّوجات فلا يجوز لرجل أن يتزَّوج امرأة ذات زوج. (ر: ف ٢١/٨).

١٧/٢٢ ـ خطوط رئيسية:

وختاماً ألخص تصوراتي للخطوط الرئيسية في عملية توحيد التشريع الجنائي للبلاد العربية على أساس الشريعة الإسلامية بما يلي:

١ ـ إعطاء الاهتمام الأول لتقنين عقوبات الحدود، وبمنتهى الدقة والوضوح في استيعاب شرائطها، لأنها هي التي تُظهر حكمتها وعدالتها.

والأخذ في ذلك بأوسع المذاهب درءاً لها.

٢ ـ عدم التردُّد في الأخذ بأحكام القِصاص في النفس وما دونها وبأضيق المذاهب في شرائطها أي أكثرها درءاً لها. فمتى لم تتوافر شرائطها في جميع المذاهب تنقل عقوبتها إلى نطاق التعزير.

٣ ـ يجب التبيين بوضوح أنَّ سقوط القصاص بعفو ولي القتيل ينحصر تأثيره في عدم تطبيق الإعدام، وليس معناه عدم مسؤولية القاتل، فإنَّ في القصاص حقاً عاماً يمثّله السلطان فيبقى له بعد عفو ولي الدم أن يعاقب الجاني تعزيراً بما يكفي للزجر. وقد أوردت أدلة ذلك في هذا الكتاب، خلافاً لما يتصوَّره كثيرون. (ر: نظرية المؤيدات التأديبية الآتية في أول الجزء الثاني من هذا الكتاب).

٤ ـ مراعاة المبادىء العامة في التعزير الشرعي، ومن أهمها تناسب العقوبة مع الجريمة، وتراعى أيضاً في هذا الشأن التوجيهات التي قررها فقهاء المذاهب.

ويعتمد في هذا الشأن من المراجع القديمة كتاب «الأحكام السلطانية» للماوردي، ومن الكتب والبحوث الحديثة كتاب «التشريع الجنائي في الإسلام» للأستاذ الشهيد عبد القادر عودة رحمه الله وأكرم مثواه.

٥ ـ إعطاء أولوية في نطاق التعزير للاهتمام بالجرائم المتفشّية في هذا العصر بتأثير المدنية المادية الزائفة وفساد الذمم والأخلاق كجرائم الشرب وتعاطي المخدرات استعمالاً، والتشديد بالعقوبة على تجارتها السرية،

وكجرائم الرشوة المتفشية كثيراً في البلاد العربية من ظاهرة ومستورة كالمسماة بالعمولة على الصفقات التي يعقدها موظفو الدولة الكبار ووزراؤها، والاختلاسات من مال الدولة إما بالتزوير والاحتيال، وإما باستغلال النفوذ الوظيفي، وتزييف النقود، والاستهتار بالآداب العامة والإفلاس الاحتيالي، والغش والإهمال الإجرامي الذي يؤدي إلى تعريض مجموعات من الناس للخطر.

القِسمُ الثّاني

النَّظَرِيّاتُ الفِقْهِيَّةُ الأَساسِيَّة

في مَبادِئِ الأحكامِ



تمهيد لهذا القسم الثاني من الكتاب

١/٢٣ ـ انتهينا من تلك المقدمة التعريفية التاريخية التي عرضنا فيها صورة كافية عن الفقه الإسلامي ومصادره وأَطواره وأدواره التي مرَّ بها منذ نشأته إلى اليوم، في ذلك القسم الأول من هذا المدخل الفقهي العام.

وننتقل الآن إلى القسم الثاني الذي سنعرض فيه مختلف النظريات الفقهية الأساسية في مباني الأحكام، وهي النظريات التي يقوم في الواقع على أسسها صرح الفقه الإِسلامي وتعتبر كالعنصر الهندسي في بنائه العظيم الخالد.

٢/٢٣ ـ معنى هذه النظريات:

نريد من النظريات الفقهية الأساسية تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلِّف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتَّصل بموضوعه من شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها، ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرُّف القولي، وفكرة الضمان وأسبابه وأنواعه، وفكرة العُرْف وسلطانه على تحديد الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله، ويصادف الإنسان أثر سلطانها في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية.

وهذه النظريات هي غير القواعد الكليَّة التي صُدِّرت مجلة الأحكام

الشرعية بتسع وتسعين قاعدة منها، والتي سنتولى شرحها في القسم الثالث الأخير. فإنَّ تلك القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تراعى في تخريج أحكام الحوادث ضمن حدود تلك النظريات الكبرى.

فقاعدة «**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني**» مثلاً ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد. وهكذا سواها من القواعد.

وسنجتهد في استخلاص تلك النظريات الأساسية وتجريدها وجمع شتات عناصرها من شتى الأبواب الفقهية المنبثة فيها، لتبرز كل منها في صورتها النظامية كاملة، وتتجلى حاكميتها في فروع الأحكام، وتكون تمهيداً لصياغة نظرية عامة جامعة لقواعد الأحكام المدنية في الفقه الإسلامي، كنظرية الالتزام العامَّة في الفقه القانوني الاجنبي.

وإنَّ مطالعة هذه النظريات الأساسية، بعد طلوعها من مكامنها وراء فروع الأحكام، تعطي الطالب مَلَكةً فقهية عاجلة تؤهِّل فكره وتعينه على مدارك الفقه؛ وقد كان يحتاج في اكتسابها إلى زمنٍ طويل كما سلفت الإشارة إليه في خطبة هذا الكتاب.

وسنفرد لكل واحدة من هذه النظريات الفقهية الأساسية باباً نعرضها ونعالجها فيه، مبتدئين بنظرية الملكية وأسبابها.

البَابُ الخَامِسُ

نَظَرِيَّةُ المُلْكِيَّةِ فِي الفِقْهِ الإِسْلَامِي

مخطط الباب الخامس

١ ـ تعريف الملك، وبيان أسبابه: ونتناوله في الفصل ٢٣.

٢ ـ تقسيم الملك وأسبابه: ونتناوله في الفصل ٢٤.

٣ ـ خصائص الملكية: وهو موضوع الفصل ٢٥.

٤ ـ الفرق بين التمليك والإباحة، والفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع: وهذه هي موضوعات الفصل ٢٦ الذي نختتم به نظرية الملكية.

وسنشرح فيما يلي نظرية الملكية في فروعها هذه وما يتشعب منها، ونبيّن المبادىء الفقهية الأساسية فيها، ونوضح نتائجها العملية التي تبرز في تفاريع الأحكام.



الفصل الثالث والعشرون

تعريف الملك وبيان أسبابه

المبحث الأول: تعريف الملك

٣/٢٣ ـ الملك[١] في اللغة معناه احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به (لسان العرب).

أما في اصطلاح الفقهاء شرعاً فالملك هو:

«اختصاص حاجز شرعاً يسوِّغ صاحبه التصرُّف إلا لمانع».

وهذا أوجز وأجمع تعريف استخلصناه مركباً من عدَّة تعاريف ذكرها الفقهاء[٢]، وفي كل منها مزيَّة ونقص، فجاء جامعاً لمزاياها ومستدركاً لنواقصها.

---

(١) **الملك** مثلث الميم، أي يجوز في ميمه الفتح والكسر والضم. ولكن يستعمل مكسور الميم ومفتوحها في ملك الأشياء، ومضمومها في ملك السلطنة.

فيقال ملكت الشيء مِلكاً (بكسر الميم)، وملكت على الناس أمرهم مُلكاً (بضم الميم).

والوصف من الأول: مالك، وجمعه مُلَّاك (بضم الميم وتشديد اللام، نظير كاتب وكُتّاب).

والوصف من الثاني: مَلِك (بفتح الميم، وبكسر اللام أو تسكينها)، وجمعه ملوك وأملاك (كما في المصباح).

والمَلَكة أيضاً (بفتحتين على وزن «حركة») بمعنى الملك أيضاً، يقال: له عليه مَلَكة، أي ملك، وما في ملكته شيء، أي لا يملك شيئاً (كما في اللسان والمصباح).

فلفظ «ملكيّة» بالياء المشددة الذي يستعمله العلماء يجوز فيه أن يقال بكسر فسكون، من الملك؛ أو بفتحتين من الملكة.

(٢) نقل تلك التعريفات المختلفة للملك الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «الملكية =

والمراد بكونه حاجزاً أنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرُّف دون إذن المالك.

وأما المانع الذي يمنع المالك نفسه عن التصرُّف فيشمل حالتين:

ـ نقص الأهليَّة، كما في الصغير إذ يتصرَّف عنه وليُّه.

ـ وحق الغير، كما في المال المشتَرَك والمال المرهون، إذ تتقيَّد فيهما تصرُّفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم.

فوجود هذا المانع لا ينافي الملك لأنه عارض.

وهذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية الآتي بيانها، من ملكية الأعيان، أو المنافع، أو الديون.

ومن هذا التعريف يتَّضح أنَّ الملك هو عبارة عن علاقة الإنسان بالمال وما في حكمه من المنافع، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها.

وبذلك يتبيَّن أنَّ الملكية ليست شيئاً مادياً، وإنما هي حق من الحقوق والحق نوع من الاعتبار الشرعي.

فحيثما أقرَّ الشرع هذه العلاقة الاختصاصية بين الإنسان والمال ثبت الملك، وحيثما نفى الشرع هذه العلاقة انتفى الملك.

وذلك، بخلاف المال فإنه ذو مفهوم مادي يقع على الموجودات ذات المنافع، حتى إنَّ المال في الاجتهاد الحنفي يختصُّ بالأعيان المادية، فلا يشمل المنافع في نظر الحنفية، كما سنرى في تقسيم الملك (ف ٢٤/ ٥).

ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية»، ف ١٥ ـ ١٦.

وجاء في كتاب البيوع في فتح القدير (٥/٤٥٦):

«الملك هو قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف».

المبحث الثاني: أسباب الملكية

٢٣/ ٤ ـ إنَّ أسباب التملك التي أقرها التشريع الإسلامي تنحصر في أربعة:

١ ـ إحراز المباحات.

٢ ـ العقود.

٣ ـ الخَلَفيَّة.

٤ ـ التولُّد من المملوك.

وقد كان في جاهلية العرب ولدى الأمم الأخرى أسباب للملكية رفضها التشريع الإسلامي؛ فبعضها شنعه واعتبره من أشد الجرائم، وبعضها أباه واعتبره من المحارم.

فالأول ـ كالغزو الداخلي بين القبائل عند العرب وغيرهم، وكاسترقاق المدين إذا عجز عن الأداء عند الرومان وفي جاهلية العرب.

والثاني ـ كالتقادم المكسب[1] الذي كان في أواخر التشريع الروماني، وورثته القوانين الأوربية ولا يزال فيها.

فالفقه الإسلامي قد قبل قاعدة التقادم. لا على أنه سببٌ مكسب للملكية، بل على أنه مانعٌ من سماع الدعوى بالحق الذي مرَّ عليه الزمن

(١) **التقادم**، ويسمى أيضاً: **مرور الزمان**، هو انقضاء زمن معيَّن (كخمسة عشر عاماً، أو أكثر، أو أقل) على حق في ذمّة إنسان، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على المطالبة.

فهذا التقادم: إما أن يُعتبر مانعاً لسماع الدعوى بالحق أمام المحاكم، مع اعتبار الملكية أو الحق في الواقع باقيين على حالهما السابق، وهذا هو **التقادم المانع**، لأنه منع الدعوى؛ وإما أن يعتبر سبباً لملكية صاحب اليد وانقطاع حق صاحب الحق المهمل بتاتاً.، وهذا هو **التقادم المكسب**، لأنه أكسب الإنسان ملكية في شيء هو في الأصل لغيره.

المعيَّن. تدبيراً تنظيمياً للقضاء، واجتناباً لعراقيل الإثبات ومشكلاته بعد التقادم، وللشك في الحق الذي تقادَم عليه الزمن دون مطالبة به. أما أصل الحق، إن كان، فباقٍ في ذمة الإنسان لصاحبه، ويجب وفاؤه في حكم الديانة. ولذلك لو أقرَّ الخصم بالحق انهدم مرور الزمن، لزوال الشك وظهور الحق بإقراره، فتسمع الدعوى: (ر: ف٨٣/ ٢٨).

وهذا من أثر التفريق في الشرع الإسلامي بين حكم القضاء والديانة كما سلفت الإشارة إليه أوائل المقدمة (ف ٢/ ٣).

وسنتولى فيما يلي إيضاح أسباب الملكية الأربعة التي أقرَّها الشرع الإسلامي:

٢٣/ ٥ ـ (أولاً) ـ إحراز المباحات:

المباح هو المال الذي لم يدخل في ملك محترم، ولا يوجد مانع شرعي من تملكه؛ كالماء في منابعه، والكلأ في منابته، والأشجار في البراري غير المملوكة، وصيد البر والبحر، إلخ..

فلكل إنسان أن يستولي على ما يستطيع من هذه المباحات. وما استولى عليه بقصد **التملك** فقد ملكه وأصبح له دون سائر الناس. وهذا الاستيلاء بقصد التملك هو الإحراز.

فملكية المباحات بالإحراز تتوقف على شريطيتين:

الأولى ـ أن لا يكون قد سبق إلى إحراز المباح شخص سابق.

فلو جمع إنسان ماء المطر في وعاء وتركه فليس لغيره أن يأخذه، لأنه قد خرج عن حكم الإباحة بإحراز الأول وأصبح مملوكاً له، لأن القاعدة أن «**من سبق إلى مباح فقد ملكه**».

وكذا لو جمع الإنسان حطباً من البرية وتركه فليس لغيره أخذه، وهلم جراً...

الثانية: قصد التملك.

فلو حصل المباح في حوزة الإنسان دون قصدٍ منه لتملكه لا يملكه.

وعلى هذا لو نَشَر الصائد شبكته فوقع فيها الصيد: فإذا كان قد نشرها للتجفيف لا يملكه، ولكل من يراه أن يأخذه ويتملكه، إذ يعتبر الآخذ هو المحرز لا صاحب الشبكة. وإن كان قد نشرها للاصطياد يكون هو المحرِز لما يقع فيها، فيملكه بمجرد الوقوع، وليس لغيره أخذه.

ومثل ذلك يقال فيما لو وضع إناءً فاجتمع فيه ماء المطر، أو بنى في البرِّية برجاً فعشَّش فيه الحمام بحيث يقدر على أخذه من غير اصطياد. فكل ذلك إنْ كان قد أعده لهذه الغاية يملك ما يدخله وإلا فلا؛ وذلك وفقاً للقاعدة القائلة **«الأمور بمقاصدها»** (م/٣).

وإحراز المباحات الذي هو من أسباب الملك المشروعة تدخل فيه **الغنائم الحربية**، لأنَّ أموال المحاربين تُعتبر من المباحات، إذ إنَّ ملكيتهم عليها غير محترمة.

والشرع الإسلامي إنما منع الغزو الداخلي، فأما الحرب المشروعة مع الأعداء الخارجين فإنها سائغة، بل قد تكون واجبة حفظاً للكيان وصداً للعدوان، وهي من أسباب التملك في العُرْف الدولي وقوانين الأمم.

٢٣/٦ ـ (ثانياً) ـ العقود:

العقود جمع عقد، وهو في اصطلاح فقهائنا:

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله وسيأتي معنى الإيجاب، وإيضاح هذا التعريف في نظرية العقود (ف ٢٧/٣).

وفي اصطلاح رجال القانون هو:

اتفاق شخصَين فأكثر على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه وذلك كالبيع، والإجارة، والهبة، والكفالة، والإقالة، ونحوها.

فمن كفل فقد أنشأ على نفسه حقاً للدائن في المطالبة. ومن باع شيئاً فقد نَقَل ملكية المبيع إلى حَوْزة المشتري، ومن تقايلا عقداً بينهما فقد أنهيا حكمه؛ وهكذا.

والعقود كلها تصرُّفات قولية يُشْتَرط فيها، لتكون سبباً للملكية شرائط، من أهمها: **الأهلية والاختيار.**

فالإِكراه على العقد يسلبه حكمه. ونقص الأهلية، كما في عقود الصغار، يؤثِّر في نتائجها. وسنرى تفصيل ذلك في نظرية العقود، ونظرية الأهلية.

والعقود، بصورة عامة، هي من أعظم أسباب الملكية، وأعمها وقوعاً، وأهمها شأناً في الاعتبارات المدنية والوزن القانوني، لأنَّ بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنساني في المضمارَيْن الاقتصادي والحقوقي بخلاف الأسباب الثلاثة الأخرى من أسباب الملك فإنها قليلة الوقوع بالنسبة إلى العقود التي تستلزمها حاجات الإنسان في معظم حركاته وحياته اليومية.

٢٣/ ٧ ـ العقود الجبرية والتمليك الجبري:

ويدخل في العقود من حيث سببية الملكية حالتان هما استثناء من شريطتي الأهلية والاختيار. وهذا الاستثناء هو من مقتضيات المصلحة العامة، وهما:

الأولى ـ العقود الجبرية التي تقوم بإجرائها السلطة القضائية مباشرة وصراحة بالنيابة عمن تجب عليهم إذا امتنعوا عن إجرائها. وذلك كبيع مال المدين جَبْراً عليه لأجل وفاء الدَّين: من قبل القاضي في الترتيب الفقهي قديماً، ومن قبل دوائر التنفيذ اليوم، وهي الفروع التنفيذية للقضاء ومحاكمه في الترتيبات القانونية الحديثة.

ومثل ذلك أيضاً بيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكريها[١] عندما يضرُّ بالناس احتكارها. (ر: الدر المختار. كتاب الحظر والإِباحة ٥/ ٢٥٩).

---

(١) يقال: باع الحاكم على فلان ماله، إذا تولى بيعه جبراً عنه (ر: المصباح مادة «بيع»).

ففي هذه الحالة تستند الملكية إلى عقد بيع صريح أَجْرَته السلطة القضائية بالنيابة الجبرية عن المالك.

الثانية ـ حالة التملك الجبْري المسمى في الاصطلاح القانوني: نزع الملكية الجَبْري.

ولهذا التملُّك الجبري في الأحكام الشرعية والقانونية **صورتان**، بحسب صاحب المصلحة فيه:

أ ـ فالصورة الأولى هي الشفعة، وهي حق ممنوح شرعاً لشخص أن يتملَّك العقار جَبْراً على مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكليف، ويسمى صاحب هذا الحق: **«شفيعاً»**[١].

ويثبت حق الشفعة شرعاً **للشريك والخليط والجار الملاصق**[٢].

ب ـ والصورة الثانية هي الاستملاك لأجل المصالح العامة، فقد أجاز الشرع الإسلامي استملاك الأرض المجاورة للمسجد جبراً على أصحابها إذا امتنعوا عن بيعها وضاق المسجد بأهله واحتاج إليها؛ كما أجازوا مثل ذلك

---

(١) الشُفْعة (بضم فسكون) في الاصطلاح الشرعي مشتقة من لفظ **«الشَفْع»** (بفتح فسكون) بمعنى الضم لغة، لأنَّ الشفيع يضم مال غيره إلى ماله.

(٢) **الشريك** من كان مشتركاً في ملكية عين العقار.

والخليط هو المشارِك في الحقوق العقارية (ر: المجلة/ ٩٥٤)، أي من كان له في عقار غيره حق عيني بارتفاق جارٍ على ذلك العقار كحق المرور أو التسييل فيه، وحق تحميل الجذوع على جدرانه إلخ... سواء أكان مستقلاً بهذا الحق العيني، أو كان الحق مشتركاً بينه وبين غيره، كما لو كان لعقارين ممر خاص، أو شرب مشترك بينهما، فصاحب كل منهما خليط للآخر.

والجارُ الملاصِق هو من يتَّصل عقاره بعقار غيره من إحدى الجهات اتصالاً مباشراً دون فاصل.

وقد جاء قانون الملكية العقارية لدينا ذو الرقم/ ٣٣٣٩/ بإلغاء شفعة الجار كما سلفت الإشارة إليه آخر المقدمة (ر: ف ٢٢/ ٢خامساً).

ثم جاء القانون المدني الجديد سنة/ ١٩٤٩/م بإلغاء حق الشُفعة مطلقاً.

لأجل توسيع الطريق إذا دَعَت حاجة الناس إلى توسيعه، وذلك بالقيمة التي يساويها العقار المستملَك.

حتى لقد نصَّ الفقهاء على أنه يجوز أن يُؤْخَذَ لتوسيع الطريق جانب من المسجد عند الحاجة (ر: رد المحتار ٣/ ٣٨٣ ـ ٣٨٤).

وقانون الاستملاك للنفع العام لدينا يسوِّغ نزع الملكية الجبري من كل عقار تقرِّر السلطة الإدارية العليا وجود النفع العام في استملاكه لمصلحة من المصالح العامة، كمدرسة أو مستشفى أو حديقة، وذلك بقيمته التي تقدِّرها له لجنة خبراء.

فجميع هذه الأحوال تستند الملكية فيها فقهياً إلى سبب العقد:

فملكية الشفيع للعقار المقضي له بها في صورة الشفعة، وملكية الجهة المستملك لحسابها في صورة الاستملاك، تعتبر مستندة إلى عقد شراء جبري يقدَّر وجوده بطريق الاقتضاء والاستلزام[1]، فيفترض حصول البيع والشراء بين الطرفين بإرادة السلطة الملزمة، كنتيجة لقضاء القاضي بتمليك الشفيع، أو لعملية الاستملاك الجاري من الجهة صاحبة الحق فيه، وفقاً للأساليب والمراسم المشروعة.

هذا ما يقتضيه التخريج الفقهي لحالات التملك الجبري.

فيتَّضح، بناء على ما تقدَّم، أنَّ العقد في سببية الملكية يكون تارة رضائياً، وتارة جبرياً، وأنَّ العقد الجبري يكون تارةً صريحاً، وتارة مقدَّراً اقتضاءً.

---

(١) يقول الفقهاء أن أخذ العقار بالشفعة قبل تسليمه إلى المشتري هو كشراء من البائع، وأخذه بعد التسليم كشراء من المشتري (ر: الدرر شرح الغرر كتاب الشفعة ٢/ ٢١١).

٨/٢٣ ـ (ثالثاً) ـ الخَلَفيَّة:

الخَلَفيَّة (بفتحتين مع تشديد الياء) هي: **حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زائل في الحقوق**، وهي نوعان:

- خلفية شخص عن شخص، وهي **الإرث**.
- وخلفية شيء عن شيء، وهي **التضمين أو التعويض**.

أ ـ الإرث:

الإرث خَلَفيَّة يحلُّ بها الوارث محل المتوفى في ملكية أمواله المخلفة التي تسمى «تركة» وفي المسؤوليات المالية بتلك التركة.

فإذا لم يكن للمتوفى تركة، أو كانت تركته أقل مما عليه من ديون، لا يكون الوارث مسؤولاً بأمواله فيما زاد من الدَّين عن التركة، لأنَّ الإِرث شُرِعَ سبباً للملك لا للتغريم، إذ لا يعقل أن يغرم إنسان تبعات تصرف صادر من غيره ولم يكن له به دخل، ولم يتكفَّل به.

والإرث سبيلٌ تواردت عليه الشرائع الإلٰهية والوضعية، وفيه من الحكمة والنفع ما فيه؛ لأنه يحوِّل نتائج جهود السلف إلى الخلف من رأس مال، وقوة إنتاجية، ووسائل حيوية، فيجعل حبل الإنتاج والفعالية الاقتصادية متصلاً بنسبة من القوة مستمرة أو متزايدة؛ فلا يحتاج الخلف إلى إنشاء وسائل الحياة والإنتاج من جديد مبتدئاً من نواتها الصغرى، فيقضي معظم حياته في تكوين العدة الكافية.

وكما يتلقى الوارث هذه الخميرة الإِرثية عن سلفه يحيلها هو بدوره إلى خلفه، فتكون في الأغلب قوة مالية ثابتة دائمة، وينشط كل إنسان عادة إلى تنميتها وزيادتها، حرصاً على أعقابه وترفيهاً لهم.

وعن هذا كان الإرث سبباً طبيعياً للتملك، ثابتاً بحكم الشريعة دون حاجة إلى سابق اتفاق أو وصية؛ ولا يتوقف على قبول الوارث بعد وفاة المورِّث؛ ولا يرتد برده ورفضه كما ترد الوصيَّة برد الموصى له؛ لأنه معدود من نظم الشريعة، أي من النظام العام فيها.

وهذا معنى قولهم: **إنَّ الإرث جبري**، فلا يسقط بإسقاط الوارث، كما لا يؤثِّر فيه قصد المورِّث إلى الحرمان.

فلو أعلن إنسان وسجَّل حرمان أحد ورثته، أو تفضيل بعضهم على بعض في النصيب الإِرثي، لم يكن لحرمانه أو تفضيله من أثر. وإنما يستطيع المورِّث أن يتصرف بأمواله كلها بالهبة أو سواها من التصرُّفات المنجَزَة حال حياته، وأن يوصي بثلث ماله فما دونه بعد موته لمن ليس بوارث، إذ لا وصية لوارث، كيلا تُتَّخذ الوصية **ذريعة** إلى التفضيل في الإِرث[1].

ويتَّضح مما سلف أنَّ شرط الملكية بالإرث أن لا يكون على المتوفى دين مستغرق للتركة، فإن كان فإنه يقدَّم استيفاؤه من التركة على الإرث ويمنع تملك الورثة، حتى لو باع هؤلاء شيئاً من التركة لا ينفذ البيع لأنهم باعوا ما لم يملكوا، إلا أن يشاء الورثة دفع الدَّين كله من أموالهم الخاصة. فعندئذ تسلم لهم التركة، إذا سلمت للغرماء ديونهم كاملة فلم يبق لهم في التركة علاقة.

وإذا كان مبلغ الدَّين أكثر من التركة وأراد الورثة أن يدفعوا إلى الغرماء من الدَّين ما يعادل قيمة التركة فقط ويتملكوها فليس لهم ذلك إلا إذا رضي الغرماء، (ر: الدر المختار ورد المحتار في كتاب القضاء ٤/ ٣٤٠).

ب ـ التضمين، أو التعويض:

إذا أتلف أحدٌ لآخر شيئاً، أو غَصَبه منه فهلك أو فقد، وكذا إذا ألحق بغيره ضرراً بجناية أو تسبُّب، ففي ذلك وأمثاله يجب عليه ضمان ما

---

(١) تقدَّم إيضاح طريقة **«سدّ الذرائع»** وأمثلتها في التشريع الإسلامي عند الكلام على الاستصلاح فلتنظر هناك (ف ٥/ ٧). وتقدَّم أيضاً ذكر الحديث النبوي **«لا وصية لوارث»** وتخريجه آخر الفقرة ١٠/ ٢ ب.

أتلفه، وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبَّب به.

وعندئذ يملك المعوَّض له ذلك العوض ملكاً مستنداً إلى سبب **الخَلَفيَّة**، لأنَّ هذا العوض خَلَف عما تضرَّر فيه من مال أو منفعة أو عضو.

ويدخل في ذلك الدية، وأرش[1] الجنايات، فكل ذلك يملك بسبب الخَلَفيَّة.

٢٣/ ٩ ـ (رابعاً) ـ التولُّد من المملوك:

من القواعد المقررة أنَّ ما يتولَّد أو ينشأ من المملوك مملوك.

فمالك الأصل هو أولى بفرعه من سواه، سواء في ذلك ما ينتج بتسبب مالك الأصل وعمله، وما يحصل بطبعه دون عمل مالك الأصل أو تسببه.

فثمرة الشجر، وولد الحيوان، وصوف الغنم ولبنها، وأمثال ذلك، كلها مملوكة لصاحب الأصل.

وإذا تولَّد شيء من شيء مشترك فهذا المتولد الحاصل يكون مشتركاً بين المالكين للأصل بنسبة حصصهم فيه.

ونتائج المغصوب تجري على هذا الأساس: فولد الدابة المغصوبة وثمر الكرم المغصوب ملك للمالكِ المغصوب منه لا للغاصب.

ولكن هل يسري حكم الغصب على الفرع المتولِّد في يد الغاصب، فيعتبر غاصباً للفرع أيضاً منذ تولده، فيضمنه إذا هَلَك، أو لا يسري الغَصْب عليه إلا بشرائط؟

هذه قضية اختلفت فيها الاجتهادات، كما هو مفصَّل في موضعه من

---

(١) **الأَرْش** (بفتح فسكون): هو العِوَض المالي الذي يقدَّر ويجب على الجاني في غير النفس والأعضاء.

أما عوض إتلاف النفس أو العضو فيسمى: دِية (بكسر ففتح).

كتاب الغَصْب في المؤلَّفات الفقهية، إذ انَّ ثبوت ملكية الفرع لمالك الأصل لا يَسْتَلزم أن يُعتبر غاصب الأصل غاصباً للفرع الذي لم يسلبه من المالك، وإنما حصل في يده حصولاً.

وأما إذا زرع الأرض غاصبها فإنَّ المحصول له لا لمالك الأرض، لأنه نماء البذر وهو ملكه، ولكنه يضمن لمالك الأرض نقصانها بالزرع إن نقصت به[1].

٢٣/ ١٠ ـ هذا، وإنَّ المجلة قد حصرت بالمادة/ ١٢٤٨/ أسباب التملك في الثلاثة الأول، ولم تتعرَّض للتولُّد من المملوك.

وكذلك أرادت المجلة بالخَلَفِيَّة: الإرث فقط، ففسَّرتها بخلفية شخص عن آخر، متابعة في هذا البيان ما في بعض الكتب الفقهية[2] دون نظر إلى ما تدل عليه فروع الأحكام من أسباب شرعية للملك.

وقد رأينا من تتبع فروع صور الملكية أنَّ من الضروري إضافة سبب رابع هو التولُّد من المملوك كما فعلنا، لأنَّ الشيء المتولِّد من المملوك لا تستند ملكية صاحب الأصل فيه إلى إحراز، إذ قد يكون في يد غيره كنتاج المغصوب، ولا تستند أيضاً إلى عقد أو خَلَفِيَّة كما هو ظاهر. فوجب عَدُّ التولُّد سبباً مستقلاً.

---

* (١) هذا الحكم الفقهي أصبح اليوم معدَّلاً لدينا بالمادة/ ٨٨٥/ من القانون المدني السوري الجديد، فقد قضت هذه المادة فيما إذا زرع الأرض غير مالكها بأن يكون مالك الأرض مخيراً بين أمرين:

- إما أن يدفع للزارع قيمة البذر ويتملَّك محصوله بطريقة الإلحاق بالأرض.
- وإما أن يترك الغلة للزارع ويأخذ منه أجر مثل الأرض عن سنة كاملة.

هذا إذا كان قد فات موسم البذر، وإلا فلصاحب الأرض ـ إن شاء ـ أن يكلِّف الزارع نزع بذره من الأرض دون أي تعويض من عمل الحراثة والبذر.

(٢) ذكر ذلك ابن نُجيم في الصيد والذبائح من كتابه «الأشباه والنظائر» وتابعته المجلة فيه (ر: مرآة المجلة م/ ١٢٤٨).

أما ملك العوض في حالات التعويض أو التضمين فيبقى أيضاً خارجاً عن الاستناد إلى أحد الأسباب الأربعة إذا فُسِّرت الخَلَفيَّة بالإِرث كما فعلت المجلة ومصادرها الفقهية[١].

لكننا استغنينا عن جعل التعويض سبباً خامساً بالتوسُّع في معنى الخَلَفيَّة فجعلناها نوعين: خَلَفيَّةُ شخص عن شخص، وخَلَفيَّةُ شيء عن شيء كما رأيت. وبذلك يصبح مُطَّرداً تخريج جميع صور الملكية على هذه الأسباب الأربعة.

* (١) قد يتوهم أنَّ ملك العِوَض في حالة التعويض يمكن ردُّه إلى سبب العقد، باعتبار أنَّ دفع العِوَض إن كان باختيار الجاني فهو عقد رضائي، وإن كان بالحكم عليه فهو عقد إجباري كما في حالة الأخذ بالشفعة.
ولكن هذا التوهم مدفوع بأنَّ سبب الملك هو ما قارنه ثبوت الملك، وأنَّ الفعل الضار منشئ لالتزام الفاعل بالتعويض منذ صدور الفعل عنه. فحق الشخص المتضرر في العوض عن ضرره ثابت بصفة دين له في ذمة الجاني قبل القضاء له به أو دفع الجاني بدلاً عنه برضاه.
فمن أتلف لآخر مالاً أصبح مديناً لصاحبه بمثله أو بقيمته، بدليل أن المتضرِّر يحل له شرعاً إذا وقع في يده مال للجاني أن يستوفي منه قدر حقه هذا ويتصرَّف به كما تقدم (ر: ف ٢/ ٤).
فهذا الدَّين في ذمَّة الجاني هو أحد أنواع الملكية كما تقدَّم بيانه، فتحتاج هذه الملكية إلى سبب مقارن تستند إليه منذ حصولها.
وليس دفع الجاني للعوض برضاه إلا تفريغاً لذمته من دين مملوك قبل الدفع. وليس القضاء به عند التخاصم إلا مُظهراً ومثبتاً لحق المالك هنا لا منشئاً له.
وذلك بخلاف حال الشفعة فإنَّ المقرر شرعاً أنَّ الشفيع لا يملك العقار الذي له فيه شفعة إلا إذا أعطاه إياه المشتري برضاه أو قضي عليه بالشفعة؛ أما قبل ذلك فالعقار باق على ملك المشتري، وإنما للشفيع حق أرجحية شرعية عليه في شراء العقار المبيع. فالقضاء بالشفعة منشيء لملك الشفيع لا مظهر وإن كان حقه في «أن يتملك» العقار المبيع ناشئاً ببيعه منذ انعقاده.
فلذلك أمكن أن نعتبر ملك الشفيع في حال الشفعه مستنداً إلى سببية عقد ضمني رضائي أو قضائي، ولا يمكن مثل هذا الاعتبار في الملك بالتعويض.

الفصل الرابع والعشرون

تقسيم الملك وتقسيم أسبابه

المبحث الأول: تقسيم أسباب الملك

١/٢٤ ـ يتضح بعدما أسلفنا بيانه عن أسباب الملكية الأربعة أنَّ هذه الأسباب تقسم باعتبارين:

١ ـ باعتبار وجود الاختيار وعدمه فيها.

٢ ـ باعتبار أثرها النوعي.

أولاً: من حيث الاختيار وعدمه:

فمن حيث الاختيار تنقسم أسباب الملكية إلى نوعين: اختيارية، وجبرية.

أ ـ فالأسباب **الاختيارية** هي ما كان الإنسان مختاراً في إيجادها وهي سببان: إحراز المباحات، والعقود.

ب ـ والأسباب **الجبرية** ما ليس له فيها اختيار؛ وهي سببان أيضاً: الإرث، والتولُّد من المملوك.

ثانياً: من حيث الأثر النوعي:

وأما من حيث الأثر النوعي فتنقسم أسباب الملكية أيضاً إلى نوعين: أسباب مُنْشِئة للملك، وأسبابٌ ناقلة له:

أ ـ **فالأسبابُ المُنْشِئَة**: هي التي توجد ملكاً على شيء غير مملوك قبلها؛ وهي إحراز المباحات، والتولُّد من المملوك.

ب ـ **والأسباب الناقلة**: هي التي تتعلَّق بملك موجود قبلها، فتنقله من حَوْزة إلى حوزة وهي: الخلفية، والعقود[1].

المبحث الثاني: تقسيم الملك

٢/٢٤ ـ وأما الملك نفسه فينقسم أيضاً باعتبارين:

١ ـ باعتبار محله، أي الشيء الذي يرد عليه الملك ويتعلَّق به.

٢ ـ باعتبار صورته، أي كيفية تعلقه بالمملوك.

٣/٢٤ ـ المطلب الأول: من حيث المحل:

فمن حيث المحل ينقسم الملك إلى ثلاثة أنواع: ملك العين، وملك المنفعة، وملك الدَّين.

أولاً: فأما **ملك العين**، ويسمى أيضاً: ملك الرقبة، فهو أن تكون ذات الشيء ومادته مملوكة، وذلك كملك الأموال المنقولة، من متاع

---

* (١) يعرفون العَقْد في الاصطلاح القانوني بأنه: **«اتفاقُ إرادتين على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهائه»** كما تقدم (ر: ف ٢٣/ ٤).

وظاهر هذا التعريف يقتضي أن يعتبر العقد سبباً صالحاً لإنشاء الملك تارة، ولنقله تارةً أخرى.

لكن يجب أن يلحظ في هذا المقام أنَّ العقد لا ينحصر أثره في حق الملكية بل هو أيضاً سبب للالتزامات. وعلى هذا:

أ ـ فبالنسبة إلى سببية العقد في الملكية هو سبب ناقل أبداً لا منشىء لأنَّ العاقد أو المعقود باسمه، كالبائع أو الموكل مثلاً، يجب أن يكون قبل العقد مالكاً للشيء الذي يريد تمليكه، فإنَّ فاقد الشيء لا يعطيه.

ب ـ أما بالنسبة إلى سببية العقد في الالتزامات فقد يكون ناقلاً، وقد يكون منشئاً.

ـ فالبيع كما ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، ينشىء به البائع على نفسه التزاماً بتسليم المبيع وبضمان العيب إلخ..

ـ والكفالة تنشىء التزاماً جديداً على الكفيل بتأدية الدَّين المكفول عن غيره، إلى جانب التزام المدين الذي هو باق على حاله.

ـ والحوالة تنقل التزام تأدية الدَّين إلى صاحبه عن عهدة المدين المحيل إلى عهدة المحال عليه، فيصبح هذا الأخير هو وحده المكلف بهذه التأدية تجاه الدائن.

وحيوان، وكملك العقار، أي الأموال غير المنقولة، من أراضٍ، ودور، وحوانيت.

ثانياً: وأما **ملك المنفعة** فهو أن يملكَ الإنسان حق الاستفادة فقط من الشيء مع المحافظة على عينه، كقراءة الكتب، واستعمال الآلات والأدوات، وسكنى الدور والحوانيت إلخ.. بطريق الإجارة أو الإعارة، أو بغيرهما من الأسباب المشروعة لتمليك المنافع.

هذا، وإنَّ بين ملك العين وملك المنفعة تلازماً وتبعيَّة في أحوال دون أخرى، كما سنراه قريباً في خصائص الملكية (ف ٢٥/ ٢).

ثالثاً ـ وأما **ملك الدَّين** فكمبلغ لأحد في ذمة آخر بسبب ما، كثمن مبيع على مشتريه، وبدل قرض على مقترضه، وقيمة مال متلف على من أتلفه، ونحو ذلك.

ولا يسمى ديناً إلا إذا كان المبلغ **التزاماً في الذمة**.

فأما الوديعة من النقود المحفوظة لصاحبها لدى وديع فهي من قبيل ملك العين، لأنها أمانة متعينة يجب على الوديع حفظها ثم ردها بذاتها عند الطلب، وليس له أن يأخذها ويرد مثلها.

فلو تصرف الوديع بها أصبح غاصباً، وعندئذ يضمنها، فيصير مبلغها دَيْناً في ذمَّته كسائر الديون يوفى بأداء مثله.

٢٤/ ٤ ـ الملكية التامة، والملكية الناقصة.

هذا، وبالنسبة إلى العين والمنفعة، تنقسم الملكية أيضاً انقساماً فرعياً إلى نوعين:

١ ـ ملكية تامة، وهي أن يتملك الشخص رقبة الشيء ومنفعته معاً.

٢ ـ وملكية ناقصة، ولها شكلان:

الشكل الأول ـ أن يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته.

وهذا الشكل أكثر الحالات الواقعية للملكية الناقصة.

وتستفاد ملكية المنافع وحدها بإحدى طرق أربعة، وهي **الإجارة**[1]، **والإعارة، والوقف، والوصية لأحد بالمنفعة**، كسكنى دار أو غلة كرم، ونحو ذلك[2].

والشكل الثاني ـ عكس الأول وذلك بأن يملك الشخص رقبة الشيء دون منافعه.

وهذا قليل وخلاف الأصل في ملكية الرقبة التي من خصائصها أن تستتبع المنفعة، إذ لا فائدة من إيجاب ملكية جُرِّدت من حق الانتفاع كما سنرى في خصائص الملكية.

فلذا كان هذا الشكل الذي يُجرَّد فيه ملك الرقبة من حق الانتفاع حالة استثنائية تثبت موقوتة ثم تؤول إلى تبعية المنفعة للرقبة.

وهذا الشكل لا يكون إلا بطريق الوصية، في صورتين منها فقط وهما:

أولاً: إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة شيء بعد وفاته مدة معينة، أو مدة حياة الشخص الموصى له، فإنَّ ورثة الموصي في هذه الحالة إنما

---

* (١) يلحظ هنا أنه يدخل في الإجارة **حقوق القرار** التي تنشأ على عقارات الأوقاف بعقد خاص، كعقد **التحكير** في الأراضي الموقوفة، وكعقد **الإجارتين** في المباني الوقفية المتوهنة عندما لا يكون في الوقف إمكان مالي لتعميرها.

فعقد الحكر والإجارتين يقوم كل منهما على أساس **إجارة طويلة** تمنح المستأجر حق الانتفاع الدائم بالعقار الموقوف لقاء أجرة معجَّلة تقارب قيمة العقار، وأجرة مؤجَّلة سنوية ضئيلة رمزية لحفظ علاقة الوقف، كما سنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية.

(٢) يلحظ هنا أيضاً أن القانون المدني الجديد، وقبله قانون الملكية العقارية ذو الرقم/ ٣٣٣٩/ لدينا قد سوغا إنشاء **حق انتفاع** على العقارات بعقد خاص بين المالك والمنتفع مدى حياة هذا الأخير، وقررا فيه بين الطرفين حقوقاً وواجبات مفصَّلة.

يملكون بالإرث رقبة ذلك الشيء فقط، أما منفعته فيملكها الموصى له، ويتأخَّر إرثها، فيستوفيها الموصَى له على حساب المورِّث لا على حساب الورثة، وتعتبر العين كأنَّها محبوسة على ملك المورِّث في حق المنفعة الموصى بها.

ثانياً: إذا أوصى مالك العين لشخص بمنفعتها مدة معينة أو مدة حياته، وأوصى لآخر برقبتها، فإنَّ الموصى له بالعين يكون مالكاً لرقبتها وحدها مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة حتى تنقضي بانتهاء المدة المحددة له أو بموته.

وفي كلتا هاتين الصورتين يكون انفكاك ملك الرقبة عن ملك المنفعة موقوتاً بمدة استحقاق المنتفع للمنفعة. فمتى انتهت عادت المنفعة إلى تبعيتها للرقبة، فيصبح مالك الرقبة مالكاً للمنفعة على حكم الأصل[1]. (ر: البدائع ٧/ ٣٥٢ ـ ٣٥٤/ ، والهداية، والدر المختار أول باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة).

٢٤/ ٥ ـ وفقهاء الحنفية قد اعتبروا المنافع والديون أملاكاً ولم يعتبروها أموالاً. وبذلك فرَّقوا بين مفهوم «**الملك**» ومفهوم «**المال**» كما تقدم. (ر: ف ٢٣/ ٣، والمجلة/ ١٢٥ و ١٢٦/ ، ورد المحتار أوائل البيوع، وفتح القدير أول الشركة).

فالملك بمعنى المملوك[2] هو أعمُّ مفهوماً من المال، لأنَّ المال عند

---

* (١) الأوضاع القانونية أوجدت انفكاك الانتفاع عن ملك الرقبة بصورة دائمة بالنسبة **لأملاك الدولة**، كما في حق التصرف بالأراضي الأميرية، فإنَّ رقبتها باقية لبيت المال، وإنما للناس فيها حق التصرُّف والانتفاع الدائم بكل الوجوه؛ كما أقرّت هذا الانفكاك بصورة موقوتة بمدى حياة المنتفع بطريق التعاقد بعقد خاص ينشيء حقاً عينياً يسمى: **حق الانتفاع**.

(٢) يلحظ هنا أنَّ الفقهاء عندما يقولون بأنَّ المنافع والديون هي من قبيل الملك لا المال إنما يريدون بالملك معنى اسم المفعول، أي المملوك الذي يتعلق به الملك؛ لأنَّ الملك بالمعنى المصدري أي الملكية إنما هو علاقة اختصاصية للإنسان بالأشياء من أموال ومنافع كما تقدَّم. فالمنافع ونحوها هي محل للملكية، أي أنها مملوكات، وليست هي الملكية نفسها.

فقهاء الحنفية يقتصر على الموجودات المادية ذات القيمة بين الناس، أما المملوك فهو كل ما تتعلق به الملكية أي الاختصاص، فيشمل الأعيان المالية والمنافع والديون، لأنَّ هذه المنافع والديون يجري فيها الاختصاص كما يجري في الأعيان.

على أنَّ الاجتهادَيْن المالكي والشافعي يعتبران المنافع أموالاً كالأعيان بلا فرق. وهذا هو الأوجه والموافق للأنظار القانونية العامة الحديثة.

وسنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية مزيد بسط وإيضاح للتفريق بين المال والملك في النظر الفقهي، وثمرة هذا التفريق (ر: ج ٣ ف/ ٦٩ ـ ٧٣).

٦/٢٤ ـ المطلب الثاني: من حيث الصورة:

ومن حيث الصورة ينقسم الملك أيضاً إلى نوعين: ملك متميز، وملك شائع.

أولاً: فالملك المتميِّز هو ما يتعلق بشيء معين ذي حدود تفِصله عن سواه.

وذلك كما يملك إنسان رأساً من الغنم، أو كتاباً، أو داراً بكاملها، أو طبقة معينة من دار ذات طبقات، ونحو ذلك.

ثانياً: والملك الشائع أو المشاع هو الملك المتعلِّق بجزء نسبي غير معيَّن من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً.

وذلك كما يملك إنسان نصف دار، أو ربع فرس، أو جزءاً من مائة فأكثر من أرض، ونحو ذلك.

وهذا ما يسمونه **«الحصَّة الشائعة»** في الشيء المشترك.

وبمقتضى نظرية الشيوع يكون كل جزء أو ذرَّة من المال المشترك غير مخصوص بأحد من أصحاب الحصص، بل تتعلق به ملكيات جميعهم.

وعن هذا يعرِّفون الحصَّة الشائعة بأنها: «السَّهم السَّاري إلى كل جزء

من أجزاء المال المشترك» (المجلة ١٣٩)، ويصفها الفقهاء بأنها: **جزء مُنْبَثٌ في الكل.**

ومن الواضح أنه متى قسم المال المشترك بين الشركاء زال الشيوع من الملك، وأصبحت ملكية كل واحد في حصته ملكية متميزة.

٢٤/ ٧ ـ الشيوع في الديون:

إنَّ الشيوع لا يختص بملكية الأعيان، بل الديون أيضاً قد تكون الملكية فيها مشتركة شائعة؛ وعندئذ يسمى الدين: **ديناً مشتركاً**، وهو الذي ينشأ لأشخاص متعددين في ذمة آخر **بسبب واحد**؛ كما لو باع اثنان من آخر بعقد واحد شيئاً مشتركاً بينهما، أو أتلف هذا لهما شيئاً مشتَرَكاً. فالثمن في حالة البيع، وكذا القيمة[1] في حالة الإتلاف، يكون دَيْناً مشتركاً لهما في ذِمَّة الآخر، أي أن حقوقهما في ذمته مختلطة اعتباراً كشيوع ملكية أصحاب الحصص في العين المشتركة.

فلو لم يكن سبب الدَّين واحداً كما لو باع كل شريك حصته من المال المشترك بعقد مستقل، أو أتلف المتلِفُ لكل منهما مالاً متميزاً غير مشترك، لم يكن الثمن أو القيمة في ذمته ديناً مشتركاً، بل يكون دين كلٍ منهما مستقلاً عن الآخر.

وسنرى قريباً في الخاصة السادسة من خصائص الملكية النتيجة العملية لاعتبار الدين مشتركاً أو مستقلاً (ر: ف ٢٥/ ١٠).

٢٤/ ٨ ـ إزالة الشيوع:

---

(١) يفرق الفقهاء بين القيمة والثمن:
فالقيمة هي: العِوَض الحقيقي الذي يساويه الشيء بين الناس.
أما الثمن فهو: البَدَل الذي يتَّفق عليه المتبايعان للمبيع، سواء أكان أقل من قيمته الحقيقية أو أكثر، كما سنرى في «عقد البيع» من الجزء الرابع الخاص بالعقود المسماة.

تبيَّن مما تقدَّم أنَّ الملكية الشائعة إنما تكون دائماً في شيء مشترك.

فهذه الشركة إذا كانت في عين المال فقط دون الاتفاق على استثماره بعمل مشترك تسمى: «**شركة ملك**».

وتقابلها «**شركة العقد**» وهي أن يتعاقد شخصان فأكثر على استثمار المال أو العمل، واقتسام الربح، كما في الشركات التجارية أو الصناعية.

وشركة العقد نافعة لأنَّ فيها تقوية وتوسيعاً للفعالية الاقتصادية، وتعاوناً بالمال والعمل على إيجاد القوة اللازمة في كثير من المشروعات الإنتاجية التي يعجز عنها الفرد غالباً.

أما شركة الملك فهي قيد معرقل للتصرف، لأنَّ الشريك لا يستطيع أن يتصرَّف في حصته الشائعة من المال المشترك تصرُّفاً فعلياً يضرُّ بشريكه كاستهلاك العين أو تغيير شكلها ونحو ذلك.

ومن ثم شرع في شركة الملك سبيل **إزالة الشيوع** من الأعيان المالية المشتركة[1].

وإنَّ القسمة هي ذلك الطريق الأساسي شرعاً وقانوناً لإزالة الشيوع من المال المشترك، واختصاص كل شريك بقسم متميز[2].

فإذا أبى أحد الشركاء القسمةَ، تُقسِّم المحكمة جَبْراً عليه بطلب أحد

---

(١) أما الديون المشتركة فلا تتأتى فيها إزالة الشيوع ما دامت في الذمة، وإنما يمكن ذلك فيما يقبض منها، فيقسم بعد قبضه بين الدائنين المشتركين فيه، وتصبح ملكية كل واحد منهم ملكية مستقلة متميِّزة فيما خصَّه بعد القسمة، كما هو ظاهر. وانظر ما سيأتي في الخاصَّة السادسة من خصائص الملكية (ف ٢٥/ ٢٠).

(٢) مما يجدر بالذكر أن الشفعة في العقار المشترك بين شخصين فأكثر عند بيع أحد الشركاء حصته لغير شركائه تعد من التدابير المؤدية إلى إزالة الشيوع أو إلى تخفيفه بتقليل عدد الحصص الشائعة وجمع بعض ملكياتها إلى بعض.

فالشفعة تساهم في غرض إزالة الشيوع بطريق غير مباشر، وإن كانت لها غايات أخرى في نظر التشريع تقتضي جريان الشفعة في غير حالات شيوع الملك.

الشركاء إذا كان المال قابلاً للقسمة، لا فرق في ذلك بين المنقول والعقار وفقاً للمواد /١١٢٣/ و/ ١١٣٠ ـ ١١٥٢/ من المجلة.

وأما إذا كان المال المشترك غير قابل للقسمة فإنَّ فقهاءنا لم يوجبوا فيه البيع الجبري لإزالة الشيوع عند اختلاف الشركاء، بل تستمر بينهم شركة الملك ويتهايؤون، أي يتناوبون في استعمال المال المشترك. وهذا حكم القياس، لأنَّ الإنسان لا يجبر شرعاً على بيع ما يملك، وأنَّ المهايأة هي في الحقيقة قسمة المنافع.

وقد بيَّنت المجلة كيفية المهايأة الشرعية وأنواعها من زمانية ومكانية، ومن رضائية وقضائية، أي اختيارية وجبرية، وفصَّلت أحكامها في المواد/ ١١٧٤ ـ ١١٩١/ منها[١].

٩/٢٤ ـ غير أنَّ قانون إزالة الشيوع لدينا الصادر في العهد العثماني «قانون تقسيم الأموال غير المنقولة» قد أوجب إزالة الشيوع في **العقار المشترك** بطريق القضاء بناء على طلب أحد الشركاء جَبْراً على سائرهم، سواء أكان قابلاً للقسمة أو غير قابل.

فإن كان قابلاً للقسمة يقسم بينهم قسماً، وفقاً للحكم الفقهي المبين في المواد/١١٤٧ ـ ١١٥٢/ من المجلة.

وإنْ كان غير قابل للقسمة يُبَاع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه بين الشركاء.

وقد بقي المال **المنقول المشترك**، بمقتضى هذا القانون، على أصل الحكم الشرعي، لا إجبار فيه على إزالة الشيوع عند عدم قابلية القسمة.

وإزالة الشيوع من العقار بمقتضى قانون تقسيم الأموال غير المنقولة

---

* (١) سيأتي قريباً في الفقرة التالية ٢٤/ ١٠ أنَّ المهايأة قد أصبحت ملغاة قانوناً في العقارات الزراعية.

المذكور هي من صلاحيات المحاكم الصلحية لدينا[1].

وأخيراً في سنة ١٣٦٦ هـ = ١٩٤٧ م جرى تعديل المادة/ ٣/ من قانون حكام الصلح لدينا بالقانون ذي الرقم/ ٣٥٣/ الصادر في ٣ حزيران ١٩٤٧ م فعمم في هذه المادة المعدَّلة حكم إزالة الشيوع الجبرية القضائية على المنقول أيضاً بالطريقة التي تتبع قانوناً في حق العقار المشترك، وذلك بقسمته إن كان قابلاً للقسمة، وبيعه لو غير قابل.

وفي هذا مصلحة ظاهرة بإزالة مشكلات شركة الملك كلما تولدت بأسبابها الطبيعية من إرث وغيره. وإنَّ مثل هذه المصلحة لا يأباها الاستحسان الفقهي إن أباها القياس.

٢٤/ ١٠ ـ ومما يجب أن يُلحظ في هذا المقام أنه بعد أن تقرّر في القوانين طريقة إزالة الشيوع الجَبْري قضاء في العقار لم يبق موجب للمهايأة الجبرية بطريق التناوب في استيفاء منافع الشيء المشترك إلا إذا ادعى أحد الشريكين بطلب المهايأة ولم يطلب الشريك الآخر إزالة الشيوع، وذلك لأنَّ كل مِلْك مشترك أصبح قابلاً لإزالة الشيوع منه قضاء على كل حال، إن لم يكن بالقسمة فبالبيع واقتسام الثمن[2].

---

(١) المحاكم الصلحية أو محاكم الصلح في اصطلاح النظام القضائي السوري هي التي تنظر في القضايا الصغيرة والبسيطة وإجراءات هذه المحاكم ومددها وطرق الطعن فيها مختصرة ابتغاء السرعة في الحسم. وتسمى في مصر وبعض البلاد العربية الأخرى: المحاكم الجزئية، في مقابل المحاكم الكلية.

* (٢) نلفت النظر هنا إلى أنَّ المهايأة الجبْرية قد أصبحت ملغاة في العقارات الزراعية بمقتضى المادة الأولى من القرار التشريعي ذي الرقم/ ١٧١/ الصادر عن المفوّض الفرنسي في عهد الانتداب الإفرنسي في العاشر من آذار سنة ١٩٢٦م بشأن «**حل الأراضي المشاعة**» لأجل تحسين الزراعة.

ونصُّ المادة الأولى من القرار المذكور كما يلي:

«**إنَّ القسمة الدورية بين الأشخاص الذين سيشغلون أراضي الفلاحة والبساتين والكروم والجنائن إلخ. . . المملوكة مشاعاً خلافاً للتعليمات المذكورة في سَندات الملكية أو** =

وتظهر فائدة المهايأة في حق إيجار الحصَّة الشائعة من عقار أو مال منقول، فإنَّ إيجارها ممكن شرعاً وقانوناً، (ر: ف ٢٥/٨) ولا سبيل إلى تنفيذ عقد الإيجار في حق الحصَّة المأجورة إلا بطريق التهايؤ مع الشريك غير المؤجر مهايأة زمانية أو مكانية:

ـ والمهايأة الزمانية هي أن ينتفع كلٌ من الشريكين على التعاقب بجميع الشيء المشترَك مدة معينة بنسبة حصته، كما في أرض مشتركة أثلاثاً بين شخصين إذا تهايآ على أن يزرعها هذا سنة والآخر سنتين.

ـ والمكانية هي أن يخصِّص لكل من الشركاء بعض من المال المشترك بنسبة حصته فينتفعون معاً في وقت واحد، كالدار يسكن كل من الشريكين فيها قسماً منها يعادل حصته، وكحانوتين مُشْتَرَكَيْن بين شخصَين يستعمل كل منهما واحداً. (ر: المجلة/ ١١٧٦ ـ ١١٧٧).

ومن الواضح أنَّه في نحو الحيوان الواحد مما لا يتجزأ لا تمكن المهايأة إلا في الزمان.

ومن ثم جعل الفقهاء المهايأة نوعين: زمانية ومكانية، لتقتسم بها المنافع في كل شيء بحسبه.

= التي هي بلدون سندات هي ممنوعة وتبقى ممنوعة».

والقسمة الدورية المعنية في هذه المادة هي المهايأة.

ووجهة النظر في المنع أنَّ المهايأة تُضعف الأرض الزراعية بسبب حرص كل شريك في نوبته على أن يستنفد من الأرض أقصى ما يستطيع من ثمرات كما أنه يضنُّ عليها في نوبته بالحراثة والتسميد لأنَّ بقاياها النافعة ستذهب إلى الشريك الذي يليه في نوبة المهايأة.

وظاهر أنَّ هذا المنع مقصور على العقارات الزراعية، وليس إلغاء للمهايأة بوجه عام كما يظن. ومما يشعر بذلك أيضاً ما جاء في أسبابه الموجبة من أنَّ المقصود به تحسين الزراعة.



الفصل الخامس والعشرون

خصائص الملكية

٢٥/١ ـ إنَّ للملكية في مختلف أنواعها وصورها خصائصَ يختلف فيها بعض أنواع الملكية عن بعض.

وهذه الخصائص قابليات واعتبارات شرعيَّة يقبل بمقتضاها بعض أنواع الملكية ما لا يقبله غيره من التصرُّفات والأحكام، بحسب طبيعة كل نوع، وما يرمي إليه النظر التشريعي فيه.

ولم يجمع الفقهاء هذه الخصائص للملكية في بحث مستقل، وإنما تظهر للفقية الباحث من غُضون الأحكام الفقهية التي أقرَّها الفقه في شتىٰ المباحث والمناسبات التي تتَّصل بالملكية وأسبابها.

وسنعرض فيما يلي هذه الخصائص التي تدلُّ عليها النصوص وفروع الأحكام الفقهية:

٢٥/ ٢ ـ الخاصة الأولى:

إنَّ ملك العَيْن يستلزم مبدئياً ملك المنفعة ولا عكس.

فملك العَيْن يستلزم ملك المنفعة، أي يستتبعها حالاً أو مآلاً. ولا عكس، أي انَّ ملك المنفعة لا يستلزم ملك العين، فإنَّ الشخص قد يملك منافع شيء دون عينه، كما في الإجارة والإعارة.

وذلك لأنَّ ملكيَّة الأشياء ليست مقصودةً لذاتها، وإنما الغاية منها هي منافعها؛ فليست ملكية العين بشيء لولا المنفعة المرجوة منها.

وإنما أقرَّ الشارع فكرة ملكية الرقبة لتكون سنداً لكمال الانتفاع الحر

والتصرف المشروع ولو بالاستهلاك[1].

فإذا تصوَّرنا انفكاك ملكية الرقبة في الشيء عن حق الانتفاع بصورة دائمة فذلك من العَبَث الذي ليس من شأن التشريع أن يقرَّه. وإنما يقره على سبيل الاستثناء في حالات عارضة موقتة تنتهي إلى تبعية المنافع للعين، فتعود إلى ملكية الرقبة ثمرتها المعقولة[2].

وعلى هذا الأساس لم يكن في الفقه الإسلامي من أسباب الملكية ما يوجب امتلاك الرقبة وحدها دون المنفعة إلا في صورتي الوصية بالمنفعة المتقدمتين (ف ٢٤/٤)، وهما:

- إذا أوصى المالك بمنفعة شيء من ماله، كسكنى داره أو ثمرة بستانه لشخص مدة محدودة أو مدى حياته.

- وإذا أوصى بعين المال لشخص، وبمنفعته لآخر مدةً محدودة.

فإنَّ الورثة في الصورة الأولى، والموصى له بالعين في الصورة الثانية، يملكون رقبة المال فقط دون المنفعة، حتى ينتهي حق الموصى له بالمنفعة فيعود حق الانتفاع إلى مالك الرقبة من وارث أو موصى له بالعين. فإن لم يكونا أحياء فإلى ورثتهم كما تقدَّم في تقسيم الملك.

والنظر الفقهيُّ في صحة هذه الوصية أنَّ انفكاك ملك الرقبة عن

---

(١) حتى أنَّ بعض فقهاء المالكية يذهبون في فلسفة الملك إلى نظر يرون فيه أنَّ الملك لا يمكن أن يقع على ذوات الأشياء وجواهر مادتها، لأنَّ التصرُّف بجوهرها ليس في قدرة الإنسان، وإنما يقع على منافع الأشياء بصورة تختلف سعةً وضيقاً، وإطلاقاً وتقييداً، وتوقيتاً وتأبيداً. وبحسب هذه الحدود تختلف العقود في أسمائها ونتائجها: فالبيع يعطي الملكية في المنافع مطلقةً مؤبدة، والإجارة تعطيها مقيَّدة وموقتة؛ وهكذا. لكن جمهور الفقهاء، ومنهم الحنفية، على خلاف هذه النظرية، فيرون أنَّ الملكية تقع على ذوات الأشياء وأعيانها كما تقع على منافعها.

ولا نرى لهذا الخلاف النظري من ثمرة (ر: الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة، ف/١٧).

(٢) انظر ما تقدمت الإشارة إليه من حال الأراضي الأميرية لدينا قانوناً (ف ٢٤/٤ الحاشية).

المنفعة موقوت غير دائم، وسينتهي ملك الورثة أو الموصى له بالرقبة إلى ملك تام في المآل، فاغتفر هذا الانفكاك في الحال احتراماً للوصيَّة، لأنَّها مبنيَّةٌ على التسامح وعلى خلاف القياس في كثير من أحكامها تشجيعاً على عمل البر في نهاية الحياة.

وعن هذا كانت الوصية بالمنافع وحدها أبداً لجهات دائمة لا لشخص معيَّن تخرج عن معنى الوصية، وتُعتبر في معنى الوقف الدائم الذي تسقط فيه الملكية الخاصة عن رقبة المال، وترصد أبداً لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة التي خصصها لها الواقف.

فلو أوصى إنسان بثمرة كَرْمه أو غلة داره للمساكين أبداً، أو لشخص معيَّن ومن بعده للمساكين، كان ذلك وقفاً مضافاً إلى ما بعد الموت بحكم الضرورة نظراً إلى **التأبيد**، وإن كان بلفظ الوصية، إذ لم يبق لملكية الورثة في الرقبة معنى ما دامت المنفعة لغيرهم أبداً.

(ر: فتح القدير أوائل الوقف ٥/٤١٩ ورد المحتار ٣/٣٥٩).

٢٥/٣ ـ الخاصية الثانية:

إن أول ملكية تثبت على الشيء الذي لم يكن مملوكاً قبلها إنما تكون دائماً ملكية تامة.

أي إنها تكون شاملة لرقبة الشيء ومنافعه معاً. فلا يمكن أن تثبت الملكية الأولى على الشيء ناقصة مقصورة على رقبته دون منافعه. أو على منافعه دون رقبته.

والملكية الأولى هي التي تثبت على الشيء **بسبب منشىء**، أي بطريق إحراز المباحات، أو بالتولُّد من المملوك.

ومتى ثبتت تلك الملكية الأولى على شيء بسببها المنشىء لا يتصور بعدها أن يتعلَّق بذلك الشيء ملك جديد إلا بالسبب الناقل للملكية دون المنشىء، لأنَّ كل ملك يثبت على شيء مملوك قبلاً إنما يكون من قبيل تبدُّل المالك، وهذا هو معنى نقل الملكية.

ثم إنَّ المالك السابق إما أن تنتقل عنه ملكية العين والمنفعة معاً فتثبت لغيره ملكية تامة كما في البيع والهبة ونحوهما من الأسباب التي توجب ملكاً تاماً؛ وإما أن تنتقل عنه ملكية المنفعة وحدها أو الرقبة وحدها، فتثبت لغيره ملكية ناقصة بأحد أسبابها المشروعة التي تقدَّم بيانها في تقسيم الملك.

ويستنتج من ذلك أنَّ الملكية التامَّة تتعلق بها الأسباب المنشِئَة والناقلة، فتنشأ أولاً بالإحراز أو التولُّد من المملوك، ثم تنتقل بالعقود أو الخلفية.

أما الملكية الناقصة فلا يتعلَّق بها من أسباب التملك إلا السبب الناقل عن مالك سابق، لأنَّ ملكية منافع الشيء وحدها أو رقبته وحدها تكون مسبوقة دائماً بملكية تامة فيه.

٢٥/ ٤ ـ الخاصة الثالثة:

إنَّ ملكية العين لا تقبل التوقيت، أما ملكية المنفعة فالأصل فيها التوقيت.

فملكية العين متى ثبتت بأحد أسبابها تثبت مؤبَّدة، وإنما يتصور أن يطرأ عليها بعد ذلك انتقال بسبب جديد ناقل. فإن لم يطرأ عليها ناقل من عقد جديد أو خلفيَّة لا تنتهي الملكية التي سبق ثبوتها.

وعلى ذلك أثبت الرسول ﷺ في العُمْرى[1] الملك الدائم بقوله: **«أيُّما رجلٍ أُعمِرَ عُمْرى فهي له، ولعقبه»**[2].

---

(١) **العُمْرى** (بضم العين والألف المقصورة وزان «**صغرى**»:) هي أن يهب إنسان لآخر شيئاً مدى عمره، أي على أنه إذا مات الموهوب له عاد الشيء إلى الواهب.
ويكون ذلك بقوله: أعمرتك إياه، أو أعطيتكه عمرى، ونحو ذلك من العبارات.

(٢) رواه مسلم عن جابر في الهبات (١٦٢٥)، والترمذي في الأحكام (١٣٥٠) وقال: حسن صحيح، وأحمد في المسند ٣/ ٣٩٩.

وقد فرَّعَ الفقهاء على هذا المبدأ أنَّ من شرائط صحة البيع عدم التوقيت، فإذا وُقِّت فسد (ر: رد المحتار ٤/٦).

ـ أما ملكية المنافع دون الأعيان فالأصل فيها التوقيت، كما في الإعارة، والإجارة، والوصية بمنفعة شيء لشخص مدة محدودة. فمتى انقضت تلك المدة المحدودة انقطع حق الانتفاع.

وهذا التوقيت في تمليك المنفعة إذا كان في عقد معاوضة كالإجارة والصلح كان ملزِماً للمَمَلِّك ليس له أن يرجع عنه، لأنه بمثابة بيع للمنفعة مدة معيَّنة، فقد صرَّح الفقهاء أنَّ الإجارة هي في الحقيقة نوع من البيع من حيث أنها بيع المنافع، في مقابل بيع الأعيان، كما تقدَّم (ر: ف ٢٤/٣ ثانياً، ورد المحتار ٥/٢ و ٢٩).

وأما إذا كان التوقيت لملك المنفعة واقعاً في عقد التبرُّع وهو الإعارة فإنه ليس بملزم للمُمَلِّك، بل يكون للمعير أن يرجع عن الوقت الذي حدَّده للمستعير إلى وقت أقصر منه، كما يجوز له أن يرجع عن أصل الإعارة ويسترد العارية متى شاء[1].

٢٥/٥ ـ غير أنَّ فقهاءَنا لم يهملوا النظر إلى ما يمكن أن يسببه هذا

---

* (١) يلحظ هنا أنَّ الوصية بالمنفعة، وإنْ كانت تبرعاً، لا يحق فيها لورثة الموصي بعد موته أن يرجعوا عن المدة التي حددها مورثهم لانتفاع الموصى له، لأنَّ حق الرجوع إنما كان لمورثهم المالك الموصي، وقد مات، فأصبحت الوصية بهذا العارض مبرمة لازمة في أصل المنفعة الموصى بها وفي وقتها المحدَّد لها، وإن كانت تبرعاً، لأنَّ الورثة إنما ينتقل إليهم في هذه الحال ملك الرقبة فقط مدة انتفاع الموصى له، كما تقدم، وإلا لما استقرَّت وصيَّة أبداً لو أعطي ورثة الموصي حق الرجوع.

ولهذا يصرِّح الفقهاء بأنَّ انتفاع الموصَى له بالمنفعة بعد الموصي إنما يعتبر شرعاً على حساب ملك الموصي لا على حساب ورثته، فيعتبر المال الموصىٰ بمنفعته محبوساً على ملك المورِّث المتوفى في حق المنفعة الموصى بها. وهذا معنى كون الورثة إنما يملكون في هذه الحال رقبة المال فقط، فلا يرثون المنفعة أيضاً إلا بعد انقضاء مدة انتفاع الموصى له أو موته كما تقدم (ر: ف ٢٤/٤، والدر المختار ورد المحتار ٥/ ٤٤٢).

الرَجوع عن توقيت العارية من ضررٍ للمستعير، كما لو كانت العارية أرضاً أعارها صاحبها إلى غيره للزرع أو الغرس أو البناء مدَّة معيَّنة، فَزَرَع فيها المستعير أو غرس أو بنى، ثم رجع المعير وطلب استرداد الأرض قبل انقضاء المدةِ المضروبة.

فقد قرَّرَ الفقهاء في ذلك تفصيلاً:

أولاً: ففي صورة الزرع لا يحق للمعير استرداد الأرض قبل استحصاد الزرع، لأنَّ للزرع أمداً موسمياً ينتهي فيه.

ولا فرق في صورة إعارة الأرض لأجل الزرع بين أن تكون هذه الإعارة موقتة أو مطلقة، بل يبقى الزرع إلى أن يستحصد على الأرض **بأجر مثلها** عن المدة التي بين تاريخ الرجوع والاستحصاد. وفي ذلك حفظ حق المعير ومنع الضرر عن المستعير.

ثانياً: وفي صورتي الغرس والبناء يحق للمعير أن يرجع في الأرض المعارة للغرس والبناء مطلقاً في أي وقت شاء، سواء أكانت الإعارة مطلقة أو موقوتة. وعندئذ يكلَّف المستعير قلع الغراس أو البناء، وتسليم الأرض إلى المعير خالية عنه. وذلك لأنَّ الغرس أوالبناء ليس لهما أمد ينتهيان إليه كأمد الحَصَاد للزرع.

ولكنها إذا كانت موقوتة فرجع المعير قبل الأجل الذي ضربه للمستعير الغارس أو الباني، فإنَّ المعير يكون قد غَرَّر بالمستعير تغريراً أضرَّ به، فيحق للمستعير تضمين المعير مقدار تفاوت قيمة البناء أو الغراس بين وقت القلع وانتهاء المدة التي كانت مضروبة للإعارة.

فلو كان البناء أو الشجر المقلوع، قيمته حين الرجوع والقلع اثني عشر ديناراً، وقيمته في ذلك الحين على أساس بقائه إلى انتهاء الأجل المضروب للإعارة عشرون ديناراً، يضمن المعير للمستعير ثمانية دنانير (ر: المجلة/ ٨٣١ ـ ٨٣٢ والدر المختار ٤/ ٥٠٥).

٢٥/٦ ـ الخاصة الرابعة:

إنَّ ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط، وإنما تقبل النقل.

فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لا تسقط ويبقى ملكاً له.

وعلى هذا الأساس منع الإسلام السائبة، وهي الشيء يخرج عن ملك مالكه لا إلى مالك جديد. وقد كانت العرب قبل الإسلام تعتاد التسييب في الإبل في حالات خاصة، فأبطله القرآن بالنص الصريح. حتى لو صيد الحيوان ثم أُطلق يبقى على ملك صائده الأول. فلو وقع في يد شخص آخر وعرف فللأول استرداده منه.

وقد بنى الفقهاء على ذلك عدم صحة الإبراء عن الأعيان، لما في الإبراء من معنى الإسقاط مشوباً بمعنى التمليك. فلو كان لأحد عند آخر شيء مغصوب أو مودَع فأبرأه عنه لا يصح الإبراء، ويبقى الشيء ملكاً لصاحبه.

أما لو تلف المغصوب في يد الغاصب حتى وجب عليه ضمان قيمته، فأبرأه المالك عنها يصح إبراؤه، لانتقال الحق إلى الذمَّة، والحقوق في الذمم تقبل الإسقاط.

٢٥/٧ ـ استثناء الوقف والعتق:

ويستثنى من عدم قابلية ملكية العين للإسقاط أمران:

١ ـ **الوقف** في رأي من يرى الوقف إسقاطاً لملكية الواقف لا تبرُّعاً؛ فقد خرجت به عين الموقوف عن ملكية الواقف لا إلى مالك جديد.

لكن هذا لا يعد من السائبة، لأنَّ فيه إلى جانب إسقاط الملكية تبرعاً دائماً بالمنفعة لجهة خيرية يتوقَّف على خروج العين الموقوفة عن ملكية الأفراد. ولذا يعرف الفقهاء الوقف بأنه:

«حَبْس العين على حكم ملك الله تعالى، والتصدق بالمنفعة».

والأوجَه أن يُعتبر في الوقف انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الجهة الخيرية الموقوف عليها[1]، باعتبار أنَّ تلك الجهة شخصية حكمية. ولذلك يجوز أن يستبدل بعقار الوقف غيره إذا دعت الحاجة والمصلحة إلى الاستبدال به. فهذا التصرُّف بالعين استبدالاً هو من آثار ملكية الجهة الموقوف عليها المستبدل لحسابها.

٢ ـ **إعتاق الرقيق**، فإنه إسقاط لملكية مولاه المعتِق عنه، فيصبح بالإعتاق حراً. فالرق قيد عارض على حرية الإنسان يرتفع بأسباب منها: الإعتاق. ويلحظ هنا فرق واضح بين الإعتاق الذي يضيف إلى المجتمع قوة منتجة فكراً وعملاً، وبين تسييب الأشياء الذي يخرجها من حيِّز التداول ويعطلها عما خلقت له وهو تسخيرها لمنفعة الإنسان.

ولذا حضَّ الإسلام على الإعتاق واعتبره من القربات، ومنع التسييب للأشياء.

٨/٢٥ ـ الخاصة الخامسة:

إنَّ الملكية الشائعة في الأعيان المادية هي، في الأصل، كالملكية المتميِّزة المعيَّنة في قابلية التصرُّف، إلا لمانع.

فوجود المانع هو حالة استثنائية من المبدأ، وهذا المانع يتصور بالنسبة إلى التصرُّف الفعلي كالاستهلاك. وبالنسبة إلى التصرُّف القولي:

أ ـ ففي التصرُّف الفعلي، يمتنع على صاحب الحصة الشائعة كل ما يمسّ حقوق الشريك الآخر. فليس له إتلاف حصته لأنه يستتبع إتلاف

---

(١) الوقف لا يصح إلا أن يكون فيه جهة خيرية دائمة موقوف عليها حالاً أو مآلاً، وذلك بأن يكون إما موقوفاً ابتداء على الجهة الخيرية كالوقف على الفقراء مثلاً أو على مسجد أو مدرسة أو نحو ذلك من وجوه الخير، وهذا ما يسمى **«الوقف الخيري»**؛ وإما موقوفاً أولاً على أشخاص معينين أو على الذُّرِّيَّةِ ما داموا وتعاقبوا، ثم من بعد انقراضهم فعلى جهة خيرية دائمة، وهذا ما يسمى: **«وقفاً ذرياً، أو أهلياً»**.

حصة شريكه لعدم التميز؛ وإنما له أن يتبادل الانتفاع بالشيء المشترك على سبيل المهايأة بنسبة حصته.

ب ـ وأما التصرُّفات القولية فتجري في الحصَّة الشائعة كما في الحصَّة المتميزة، فيصحُّ بيع الحصَّة الشائعة من شيء، والصلح عنها، ووقفها، والوصيَّة بها، سواء أكان البائع أو العاقد مالكاً لتلك الحصة المعقود عليها فقط، أو مالكاً للشيء كاملاً، لأنَّ التصرُّف في بعض الشيء المملوك جائز كالتصرُّف فيه كله.

غير أنه يستثنى من ذلك ثلاثة عقود اعتبر الفقهاء في طبيعتها وشرائطها ما يمنع إجراءها على الحصة الشائعة، إما منعاً مطلقاً، أو في حال دون حال.

وهذه العقود المستثناة هي: **الرهن، والهبة، والإجارة.**

٢٥/٩ ـ وهذا المنع بالنسبة إلى الرَّهن وجيه فإنَّ الرهن يتنافى مع شيوع المرهون في نظر الفقهاء؛ لأنه ـ بحسب غايته وهي توثيق استيفاء الدَّين ـ يشترط فيه قبض المرهون، ثم يقتضي ذلك استمرار حَبْسه في يد المرتهن. وهذا مانعٌ من صحة الرهن في الجزء الشائع، إذ لو رهن الإنسان حصَّة شائعة، كربع فرس أو نصف دار: فإذا احتبس المرتهن المال كله دائماً كان متجاوزاً على حق الشريك غير الراهن، لحبس حصته من المال عنه بسبب الشيوع؛ وإذا تناوب المرتهن مع مالك الحصة غير المرهونة في الحبس والاستعمال، بحيث يحتبسه بحكم الرهن مدة، ويسلمه إليه مدة للاستعمال، فإنه يفوت عندئذ استمرار احتباس المرهون، فيفقد الرهن قوته التوثيقية ويعدم غايته.

وهذا المعنى يقتضي أن يصح الرهن العقاري اليوم على الحصة الشائعة من العقار في البلاد التي أسست فيها سجلات ونظم عقارية توجب تسجيل كل عقد عقاري في تلك السجلات. وهذا ما قد قرره القانون المدني لدينا إذ نَصَّت المادة/١٠٥٨/ منه على أن «**كل عقار جاز بيعه جاز**

رهنه». ولم تستثن الحصة الشائعة في العقار من هذا الجواز[1].

وذلك لأنَّ نظام السجل العقاري أغنى عن قبض العقار المرهون بمجرد وضع إشارة الرهن عليه في صحيفته من السجل العقاري لمنع الراهن من التصرف فيه ببيع ونحوه مع بقاء العقار المرهون في يد مالكه الراهن، كما في سورية[2].

هذا ما يتعلق برهن الحصة الشائعة في نظر علماء الشريعة، وفي القانون المدني[3].

---

* (١) بينما كان قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذو الرقم /٣٣٣٩/ يستثنى الحصة الشائعة، فينص صراحة في المادتين /٢٣/ و/١٠٤/ على عدم جواز رهنها.
* (٢) وقد استقر أخيراً رأي محكمة التمييز السورية (محكمة النقض) واجتهادها على أن تسجيل العقد العقاري في السجل العقاري يعتبر تسليماً قانونياً يقوم مقام التسليم الفعلي في نتائجه.
* (٣) أما الشيوع في محل عقد الهبة والإجارة فلفقهاء الحنفية تفصيل نلخصه فيما يلي:

أ ـ في الهبة:

إذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال قابل للقسمة، كهبة نصف دار كبيرة تحتمل أن تقسم إلى دارين، وهبة ربع قطيع من الغنم أو نصف صبرة من القمح ونحو ذلك مما لا تضره القسمة، فإنَّ الهبة لا تصح في هذه الحصص الشائعة لأنه يشترط لتمام عقد التبرع: التسليم والقبض، وإنَّ كمال القبض يكون بتمييز المقبوض من غيره. والحصة الشائعة لا يمكن فيها إلا التسليم الضمني تبعاً لتسليم جميع المال الذي هي جزء شائع فيه. فتسليمها على هذا الوجه يكون ناقصاً غير كامل. وما دام المال قابلاً لأن يقسم وتسلَّم منه الحصة الموهوبة متميزة تسليماً كاملاً لا يكتفي بالتسليم الناقص.

أما إذا وردت الهبة على حصة شائعة من مال غير قابل للقسمة، وهو ما تضره القسمة كاللؤلؤة، والعِقد من الحلي، والكتاب الواحد، والفرس، والحمّام، والدار الصغيرة التي لا تحتمل أن تقسم منها الحصة الموهوبة ويبقى كل قسم داراً صالحة للسكنى، ففي كل ذلك وأمثاله تصح هبة الحصة الشائعة، لأنه عندما لا يمكن القبض الكامل في الهبة يكتفى بالقبض الناقص، فيتسلم الموهوب له الحصة الموهوبة في ضمن تسلمه للكل، ويصبح شريكاً في ملكية العين مع صاحب الحصة الأخرى.

ب ـ في الإجارة:

وأما الإجارة فقد منعها فقهاء الحنفية في الحصة الشائعة إذا كان الشيوع **مقارناً لعقدها**، كما لو آجر أحد نصفاً فقط من عقار، أو من دابة، أو من ثوب، أو نحو ذلك.

=

يتضح مما تقدَّم أنَّ المانع من قابلية الحصة الشائعة لبعض التصرُّفات قد يكون حق الغير (وهو الشريك) كما في التصرُّف الفعلي بالإتلاف ونحوه، وقد يكون طبيعة التصرف كما في الرهن.

٢٥/ ١٠ ـ الخاصة السادسة:

إنَّ الملكية الشائعة في الديون المشتركة، وهي متعلقة بالذمم، لا تقبل القسمة.

أ ـ فإذا قبضت تلك الديون المشتركة تعلقت الملكية عندئذ بعين المقبوض، فأصبحت ملكية عين لا دَيْن؛ فيقسم المقبوض بين أصحاب الحصص الشائعة فيه كما تقسم سائر الأعيان المشتركة القابلة للقسمة.

وعلى هذا لو استوفى أحد شركاء الدين المشترك ما يعادل حصته من المدين لا يختص هو بالمقبوض، بل يكون لشركائه في الدَّين أن يقاسموه ما قبض، فيأخذ كل منهم حصته منه؛ إذ لو ساغ أن يستقل الواحد منهم بقبض حصته لوجب أن يعتبر الدين قد اقتسم وهو في الذمة، وتميزت فيه حصص الدائنين، فلا يكون عندئذ مشتركاً، بينما هو مشترك.

= فلو لم يكن الشيوع مقارناً لعقدها بل طرأ طروءاً، كما لو آجر أحد الشريكين جميع العقار المشترك أصالة عن نفسه وفضولاً عن شريكه، فرفض الشريك العقد ولم يجزه في حصته، فإنَّ الإجارة تبقى صحيحة في حصة الشريك العاقد؛ إذ من المقرر أنه «يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء».

هذا ما يقرره فقهاء الحنفية في هذا الشأن.

لكن لا يخفى على المتأمل أنَّ هذه الاستثناءات الفقهية المانعة من صحة التصرف في الحصة الشائعة بالرهن والهبة والإجارة ليست وجيهة متينة العلة في غير الرهن.

فإنَّ الهبة والإجارة لا يظهر مانع من صحتهما في المشاع وحلول الموهوب له أو المستأجر محل الواهب أو المؤجر في ملك الحصة الشائعة أو منفعتها، بدليل أن فقهاءنا أنفسهم قد تسامحوا بذلك فيما لا يحتمل القسمة بالنسبة إلى الهبة، وفي الشيوع الطارىء بالنسبة إلى الإجارة.

على أنَّ الأحكام القانونية النافذة لدينا اليوم تقتضي صحة هبة الحصة الشائعة وإجارتها في العقار وفي المنقول مطلقاً بلا تفصيل؛ كما أن قوانين الإيجار المتعاقبة لدينا تسوِّغ إجارة الحصة الشائعة من العقار.

حتى لو ابتاع أحد الدائنين في الدَّين المشترك شيئاً من المدين بحصته من الدين فجعلها ثمناً للمبيع، يعتبر كما لو قبض من المدين المشترك ذلك القدر الذي اعتبر ثمناً. فالشريك الآخر في الدين عندئذ مخيَّر: فإن شاء استوفى من رفيقه حصته من جزء الدَّين الذي اعتبر ثمناً للمبيع؛ وإن شاء ترك المبيع لرفيقه المشتري، ويلاحق المدين بحصته وهي الباقي من أصل الدَّين.

ولو تعذَّر عليه تحصيل باقي الدَّين من المدين بإفلاس ونحوه يبقى له حق الرجوع على رفيقه بحصته من ثمن المبيع. ولا يكون عدم إجازته قبلاً بمانع له من هذا الرجوع.

وليس له أن يختار مشاركة رفيقه في عين المبيع الذي اشتراه إلا برضاه، بخلاف ما لو قبض رفيقه جانباً من نفس الدين وجنسه فإنَّ للآخر أن يشاركه في المقبوض (ر: المجلة/ ١٠٣/ وما بعدها)(١).

ب ـ أما الديون غير المشتركة فإن كل دين منها يكون منذ تعلُّقِهِ بالذمَّة متميزاً مستقلاً عن غيره، فكل دائن يستقل بما يقبضه من المدين عن

* (١) في هذا الموضوع يفترق حكم الشراء عن الصلح، وإن كان من المقرر فقهاً أنَّ الصلح عن مال بمال يعتبر بمثابة البيع والشراء.

فلو صالح أحد الشريكين المدين عن حصته من الدين المشترك على شيء من غير جنس الدين وقبضه منه صلحاً لا شراء، فإن الخيار له عندئذ في أن يشترك معه رفيقه في عين الشيء المصالَح عليه، أو أن يدفع إليه حصته من مبلغ الدين المصالح عنه، إلا أن يشاء رفيقه ترك الشيء لشريكه المصالح وملاحقة المدين بحصته من الدين.

وذلك لأنَّ الصلح مبني على التسامح والحط من أصل الحق، بخلاف البيع فإنه مبني على المماكسة والتعادل.

فالعين المصالح عليها تكون في العادة أقل قيمة من الحق المصالح عنه، فلو ألزم الشريك المصالح بأن يدفع إلى رفيقه حصَّته من مبلغ الدين المصالَح عنه لتضرر الشريك المصالح (ر: المجلة/ ١١٠٥ ـ ١١٠٦/ وشروحها للأستاذ الباز وغيره).

وهذا كما ترى من الفروق التي تتجلى فيها دقائق الأنظار الفقهية في رعاية العرف والعادة والمبادىء النظرية معاً، ثم وزن فروع الأحكام على أساس ذلك بقسطاس العدل والإنصاف وفكرة التوازن التي تتراءى في سائر مباني الفقه الإسلامي.

دينه ولا علاقة لغيره من الدائنين به إلا إذا حكم بإفلاس المدين أو مات مفلساً، فإن أمواله تقسم بين غرمائه بنسبة ديونهم، فيأخذ كل منهم نصف دينه مثلاً أو ربعه أو أقل أو أكثر على حسب المال الموجود. وليس لأحد أن يأخذ أكثر من غيره نسبة، وهذا ما يسمى عندئذ: **قسمة الغرماء**.

وقد بينا في الفقرة ٢٤/٧ متى يعتبر الدين مشتركاً، ومتى يعتبر مستقلاً غير مشترك، فلينظر هناك.

الفصل السادس والعشرون

الفرق بين التمليك والإباحة
وبين ملك المنفعة وحق الانتفاع

المطلب الأول: الفرق بين التمليك والإباحة

١/٢٦ ـ يفرّق الفقهاء بين حكم التمليك والإباحة:

فالإباحة هي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله؛ وهي لا تجعله مملوكاً، بل هي دون التمليك.

فلو أباح إنسان لآخر أن يأكل من طعامه أو من ثمرة بستانه لا يملك المباح له شيئاً من الطعام أو الثمرة، ولا يحق له أن يبيع ولا أن يبيح لغيره، وإنما يحق له أن يأكل فقط، إذ لا يملك التمليك أو الإباحة إلا المالك، والمباح له ليس بمالك.

وكذلك لو أباح إنسان لآخر استعمال ما يشاء من أدواته أو ملابسه، فللمباح له أن يستعمل دون أن يعير أو يبيح لغيره.

وبهذا يعلم أنَّ مجرد الإباحة من مالك لغيره ليست بهبة ولا إعارة، وإنما هي ترخيص وإِذن (ر: المجلة/ ١٣٩).

غير أنه إذا قامت الدلائل على أنَّ المراد بها الهبة أو الإعارة، فعندئذ تنعقد سبباً لتمليك العين أو المنفعة؛ كمن استهدى من آخر شيئاً، أو طلب إعارته فأجابه بقوله: أبحته لك فخذه، فإن الإباحة قد عبر بها عندئذ عن معنى الهبة أو الإعارة مجازاً؛ ومن القواعد المقررة أنَّ «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني».

ويتَّضح من ذلك مع ما سبق بيانه في إحراز المباحات من أسباب الملكية أنَّ للفظ «**المباح**» معنيين في الاصطلاح الفقهي:

١ ـ فبالمعنى الأول يطلق المباح على كل ما لم يدخل في ملك خاص ولا مانع من تملكه شرعاً، كحيوان الصيد، وحطب البوادي، وتلك هي: **المباحات العامة**. ومصدر إباحتها الشرع الذي سوَّغ للناس عامة أن يمتلكوها بالإحراز المستوفي لشرائطه الشرعية، كما تقدَّم. ومتى امتلكوها سَاغَ لهم أن يتصرَّفوا فيها تصرُّف الملاك بكل وجه.

٢ ـ وبالمعنى الثاني يطلق المباح على الشيء المملوك ملكاً خاصاً إذا أباحه مالكه لشخص أن يستهلكه أو يستعمله، وذلك هو: **المباح الخاص** الذي مصدر إباحته مالكه. وإباحته بهذا المعنى لا تعني تمليكه كما أوضحناه آنفاً.

المطلب الثاني: الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع

٢/٢٦ ـ وهذا التفريق بين التمليك والإباحة يؤدي إلى فرق آخر يذكره الفقهاء بين «ملك المنفعة» و «حق الانتفاع».

إنَّ علماء القانون لا يفرِّقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، فهما في اصطلاحهم بمعنى واحد.

ولكن فقهاء المذاهب في الشريعة الإسلامية يفرِّقون بينهما، وتدل نصوصهم على أنَّ بينهما فروقاً من **ثلاث نواح**:

١ ـ من حيث المعنى وحدوده ٢ ـ ومن حيث المنشأ ٣ ـ ومن حيث الأثر.

أولاً: فمن حيث المعنى: يفترق ملك المنفعة عن حق الانتفاع بأنَّ ملك المنفعة فيه ذلك الاختصاص الحاجز الذي بيَّناه في تعريف الملك؛ كحق المستأجر في منافع المأجور، وحق الموقوف عليه في منافع الوقف؛ ففي كل ذلك معنى الملكية وقوتها.

أما حق الانتفاع المجرد فهو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي دون

الامتلاك؛ كحق الجلوس في الأسواق والمساجد، واستعمال الطرق والأنهار فيما لا يضر العامة، والمبيت في المضافات، ودخول الأماكن التي يأذن أصحابها بدخولها، وبتناول ما يسمحون بتناوله منها، ونحو ذلك.

فملك المنفعة أقوى وأخص لأنَّ فيه حق انتفاع وزيادة.

ثانياً: ومن حيث المنشأ: يفترقان بأنَّ ملك المنفعة إنما ينشأ عن عقد مملك.

فهذا الملك يكون بأحد عقود أربعة، هي: **الإجارة، والإعارة، والوصية بالمنفعة، والوقف**، كما تقدم في تقسيم الملك (ر: ف ٢٤/ ٤).

أما حق الانتفاع المجرَّد فهو أعمُّ سبباً، إذ يثبت ضمن ملك المنفعة بهذه العقود المملكة، ويثبت أيضاً بسببين آخرين لا يوجبان الملك، وهما:

١ ـ كون الأشياء المنتفع بها مخصصة لانتفاع الناس كافة أو لفريق منهم دون أن يملكها أحدهم خاصة، كالأنهر والطرق غير المملوكة، والمصحَّات المخصَّصة للمرضى، والمدارس المخصصة لطلاب العلم.

فما يتعلق بهذه الأشياء من الحقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا ملك المنفعة.

٢ ـ إباحة المنفعة من مالك خاص، وقد سلف بيانها، بأنها تعطي رخصة وإذناً ولا توجب ملكاً.

وقد قدمنا آنفاً أنَّ الإباحة قد ترد على استهلاك عين كإباحة الطعام والشراب، وقد ترد على استعمالها والانتفاع بها فقط (ر: ف ٢٦/ ١).

فالصورة الثانية التي تُباح فيها منافع الشيء لا عينه هي التي ينشأ عنها مجرَّد حق انتفاع.

ثالثاً: ومن حيث الأثر: يفترقان أيضاً بأنَّ ملك المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرَّف في المنفعة تصرُّف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملكه إياها؛ فيحق له تمليك المنفعة التي استفاد ملكيتها.

وعلى هذا قرر فقهاؤنا أنَّ للمستأجر أن يؤجِّر المأجور من غيره وأن

يعيره، وكذا للمستعير أن يعير غيره شرعاً[1] إلا إذا كان الشيء مما يتأثر باختلاف المستعملين كالدواب والثياب فلا يجوز فيها ذلك.

ولكن ليس للمتسعير أن يؤجِّر العارية مطلقاً؛ وذلك لأنَّ الإعارة عقدٌ غير لازم فللمعير أن يرجع عنه ويسترد العارية متى شاء. أما الإجارة فعقد لازم؛ فلو جاز للمستعير أن يؤجِّر العارية لامتنع على المعير الرجوع فيها، وهو حق مشروع له. (ر: المجلة / ٥٨٦ و ٥٨٧ و ٨١٩ و ٨٢٣).

أما صاحب حق الانتفاع فليس له إلا أن ينتفع بنفسه دون أن يؤجِّر أو يعير أو يبيح لغيره[2].

والقرافي المالكي في كتابه «الفروق» قد سمى هذا الحق: **«تمليك الانتفاع»** وفرّق بينه وبين **«تمليك المنفعة»** بأنَّ تمليك الانتفاع يقتصر على الإذن للشخص في أن ينتفع بنفسه فقط، فليس له تمليك غيره كما أوضحناه.

وعلى هذا يعتبرون وقف العقار لأجل سكنى الموقوف عليهم من قبيل تمليك الانتفاع فقط، فيسكنون بأنفسهم ولا يحق لهم أن يؤجروه ويستغلوه.

أما وقفه للاستغلال والسكنى جميعاً فإنه من قبيل تمليك المنفعة لا مجرد الانتفاع.

ونرى أنَّ التمييز في التسمية بين الموضوعين كما اخترناه، أي (ملك المنفعة وحق الانتفاع) أفضل وأوضح مما ميَّز به القرافي بينهما أي (تمليك المنفعة وتمليك الانتفاع)، لأنَّ الانتفاع هو استيفاء المنفعة، والتمليك مسلَّط عليهما فلا يتَّضح الفرق المقصود.

---

* (١) هذا الحكم معدَّل بقوانين الإيجار لدينا بالنسبة إلى العقار، فإن قوانين إيجار العقار المتتالية كلها تمنع المستأجر من أن يؤجِّر لغيره إلا بإذن من المؤجِّر وفي ذلك مصلحة ظاهرة.

(٢) ر: كتاب **«الفروق»** للقرافي المالكي، في الفرق/ ٣٠/ ، وكتاب **«الملكية ونظرية العقد»** للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، ف/ ٢٢ ـ ٢٣/ ، وكتاب **«الحق والذمة»** للأستاذ الشيخ محمد علي الخفيف، الطبعة الأولى ص / ٧٥.

البَابُ السَّادِسُ

نَظَرِيَّةُ العُقُودِ وَمَا إِلَيهَا

في الفقه الإسلامي

المخطط الإجمالي للباب السادس

إن نظرية العقود هي أكبر النظريات تشعباً وحجماً في هذا المدخل، وتضم عدداً كبيراً من الفصول يمكن تصنيفها تحت خمس زمر هي:

الزمرة الأولى: فصول تمهيدية (الفصول ٢٧ و٢٨).

الزمرة الثانية: فصول تتعلق بتكوين العقد وما إليه (الفصول ٢٩ ـ ٣٧).

الزمرة الثالثة: فصول تتعلق بآثار العقد وما إليها (الفصول ٣٨ ـ ٤٤).

الزمرة الرابعة: فصل يتعلق بانحلال العقد (الفصل ٤٥).

الزمرة الخامسة: تشمل عرض العقود وتصنيفها (الفصلان ٤٦ و٤٧).

ونظراً لتشعب الزمر، فقد أفردنا فيما يلي مخططاً يظهر العلاقات بين الفصول. وإن فهم هذه العلاقات يعد شرطاً أساسياً لحسن فهم نظرية العقود.

المخطط التفصيلي للباب السادس

١ ـ فصول تمهيدية:

الفصل ٢٧: معلومات تمهيدية هامة.

الفصل ٢٨: خمسة ألفاظ اصطلاحية هامة.

٢ ـ تكوين العقد:

الفصل ٢٩: قوام العقد.

الفصل ٣٠: صيغة العقد وما إليها.

الفصل ٣١: الشرائط العامة لانعقاد العقود:

الفصل ٣٢: الإرادة العقدية (أقسامها، خفاؤها، انتفاؤها).

الفصل ٣٣: صورية العقود (المواضعة والهزل).

عيوب الرضا (أو شوائب الإرادة):

الفصل ٣٤: الإكراه.

الفصل ٣٥: الخلابة (والغبن المجرد).

الفصل ٣٦: الغلط.

الفصل ٣٧: اختلال التنفيذ.

٣ ـ الآثار العامة للعقد وما إليها:

الفصل ٣٨: النفاذ.

الفصل ٣٩: الإلزام.

الفصل ٤٠: اللزوم.

الفصل ٤١: سلطان الإرادة العقدية، نظرة عامة.

الفصل ٤٢: الاجتهادات الإسلامية في سلطان الإدارة العقدية.

الفصل ٤٣: الشروط العقدية.

الفصل ٤٤: سلطان الإرادة العقدية في الفقه الأجنبي.

٤ ـ انحلال العقد:

الفصل ٤٥: انحلال العقد (الفسخ والانفساخ.. إلخ).

٥ ـ عرض العقود وتصنيفها:

الفصل ٤٦: عرض إجمالي لأهم العقود المسماة.

الفصل ٤٧: تصنيف العقود.

الفصل السابع والعشرون

معلومات تمهيدية وتاريخية عامة

معلومات عن العقد

العقد والتصرف ـ أنواع التصرف ـ تعريف العقد ـ تحليل التعريف الفقهي وإيضاحه ـ موازنة بين التعريفين الفقهي والقانوني ـ لمحة تاريخية عن العقد.

١/٢٧ ـ العقد ضرب من تصرُّفات الإنسان.

والتصرُّف بالمعنى الفقهي هو كل ما يصدر عن شخص بإراداته، ويرتِّب الشرع عليه نتائج حقوقية.

وهو نوعان: **فعلي وقولي**.

ـ فالتصرُّف الفعلي هو ما كان قوامه عملاً غير لساني؛ كإحراز المباحات، والغَصْب، والإتلاف، واستلام المبيع، وقبض الدَّين، وما أشبه ذلك.

ـ والتصرُّف القولي نوعان: **عقدي، وغير عقدي**.

فالتصرُّف القولي العقدي، هو الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان، أي ما يكون فيه اتفاق إرادتين كما سيأتي بيانه، وذلك كالبيع، والشراء، والإجارة، والشركة، وما أشبهها.

وأما التصرُّف القولي غير العقدي فتحته نوعان:

١ ـ نوع يتضمَّن إرادةً إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء

حق أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة.

وهذا النوع قد يسمى «عقداً» أيضاً في اصطلاح فريق من فقهاء المذاهب لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطة للحقوق، فهي في نظرهم عقود وحيدة الطرف كالعقود ذات الطرفين من حيث وجود الإرادة المُنْشِئَة[1].

٢ ـ ونوع لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها لكنه أقوال من أصناف أخرى تترتب عليها نتائج حقوقية. وذلك كالدعوى فإنها طلب حق أمام القضاء، وكالإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم، فإنها إخبار تترتَّب عليه مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية.

وهذا النوع تصرُّف قولي محض ليس فيه أي شبه عقدي[2].

---

* (١) إنَّ اصطلاح فقهاء الحنفية جار على تخصيص العقد بما كان فيه ارتباط جانبين كما يشعر به تعريف العقد الآتي بيانه قريباً.

على أنهم قد يسمون «الوقف» عقداً في كثير من عباراتهم على سبيل التوسع في الاستعمال.

* (٢) يقول الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة:

«إن للفقهاء في معنى العقد نظرين:

١ ـ فمنهم من يخصُّ العقد بما يتكون من ارتباط كلامين من جانبين، كالبيع والإجارة، والشركة إلخ...

٢ ـ ومنهم من يتوسع في معناه فيطلقه على كل ما يعقد الشخص العزم عليه ولو كان ينعقد بكلام طرف واحد ـ أي بالإرادة المنفردة ـ كالطلاق والإعتاق والإبراء».

ثم يقول: «إنَّ العقد» بهذا الاعتبار الثاني، أي بالمعنى الواسع ـ يكون مرادفاً للفظ «التصرف» لأنَّ التصرف الشرعي هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتِّب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل» اهـ.

(ر: الملكية ونظرية العقد، ف/ ١٠١ ـ ١٠٢).

هذا ما يراه الأستاذ أبو زهرة رحمه الله، ولكننا نرى أنَّ التصرف أعم من العقد مطلقاً حتى بمعناه الواسع الشامل لعقود الإرادة المنفردة، وذلك.

١ ـ لأنَّ التصرف لا يختص بالأقوال، بل يشمل الأفعال، وينقسم إلى قولي وفعلي. والفقهاء في باب مرور الزمان وغيره يطلقون التصرف على ما يشمل عمل الإنسان في ملكه سواء أكان بعقد يجريه عليه أو بالانتفاع المباشر فيه استعمالاً وهدماً وبناء الخ... (ر: المجلة/ ١٦٦٠ ـ ١٦٦١/ وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٣ ـ ٤). =

هذا، وإنَّ العبرة في تمييز التصرُّف القولي عن الفعلي إنما هي لطبيعة التصرُّف وصورته لا لمبناه الذي بني عليه. فلذا كان دفع الثمن وتسلم المبيع تصرُّفاً فعلياً ولو أنه مبنى على عقد البيع.

وهكذا سائر صور التنفيذ الفعلي للعقود.

فمما تقدم يتضح أنَّ «**التصرف**» أعم من «**العقد**» مطلقاً، لأنَّ العقد من بعض أنواع التصرُّف، إذ هو تصرُّف قولي مخصوص.

ومن المقرر في القواعد المنطقية أنَّ الأخص يستلزم دائماً معنى الأعم، ولا عكس. فكل عَقْد هو تصرُّف، وليس كل تصرُّف عقداً.

وهذا ما يسمونه: «العموم والخصوص المطلق» بين الشيئين في علاقة أحدهما بالآخر ونسبته إليه.

٢٧/ ٢ ـ تعريف العقد:

العقد في أصل اللغة: الربط، وهو جمع طَرَفي حَبْلَين ونحوهما، وشد أحدهما بالآخر، حتى يتصلا فيصبحا كقطعة واحدة. والعقدة هي الموصل الذي يمسكهما ويوثقهما.

ومنه انتقلوا إلى إطلاق «العقد» على اليمين، والعهد، وعلى الاتفاق في المبادلات، كالبيع ونحوه (ر: المصباح المنير).

والعقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين كما عرفته المجلة (م/ ١٠٣ ـ ١٠٤) هو:

= ٢ ـ ولأنَّ التصرُّف القولي نفسه يشمل أقوالاً لا تدخل في مفهوم العقد ولو بمعناه الواسع، كالدعوى، والإقرار، فكل ذلك تصرُّفات قولية تترتب عليها أحكام، وهي لا تعد عقوداً بوجه من الوجوه، كما أوضحناه.
فالمناسب ما بيناه من أنَّ «**التصرُّف**» أعم من «**العقد**» عموماً مطلقاً.

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.

وفي عرف الحقوقيين بالاصطلاح القانوني كما سبق بيانه (ف ٦/٢٣) هو:

اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه.

(ر: نظرية العقد للأستاذ السنهوري /ف/٧٧ ـ ٨٠).

والمقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب، غير أنَّ التعريف الأول الفقهي أحكم منطقاً وأدقُّ تصوراً، والثاني القانوني أوضح تصويراً وتعبيراً.

وقد تقدم إيضاح التعريف القانوني فيما سبق (ف ٦/٢٣).

أما التعريف الفقهي فإليك إيضاحه فيما يلي:

٣/٢٧ ـ تحليل التعريف الفقهي وإيضاحه:

إنَّ العقد هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادَتَيْهما. وهاتان الإرادتان خفيَّتان. فطريق إظهارهما التعبير عنهما، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين. ويسمى هذا التعبير المتقابل: **إيجاباً وقبولاً**.

فالإيجاب هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين، معبراً عن جزم إرادته في إنشاء العقد، أياً كان هو البادىء منهما.

وأما القبول فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب، معبراً عن موافقته عليه.

فالبادىء بعبارته في بناء العقد دائماً هو **الموجب**، والآخر هو **القابل** سواء أكان البادىء مثلاً في عقد البيع هو البائع بقوله: بعت، أو هو المشتري بقوله: اشتريت، أو كان البادىء في نحو الإجارة هو المؤجِر بقوله: آجرت، أو المستأجِر بقوله: استأجرت. وهكذا في سائر العقود..

أول تعبير فيها عن الإرادة العقدية من أحد الطرفين هو الإيجاب، وثانيهما من الطرف الآخر هو القبول (ر: المجلة/ ١٦٩).

فمتى حصل الإيجاب والقَبول بشرائطهما الشرعية اعتبر بينهما ارتباط هو في الحقيقة ارتباط بين الشخصين بموضوع العقد. (وموضوع العقد هو الأثر المقصود منه الذي شرع العقد لأجله) أي حكمه الشرعي. فيصبح كل منهما ملزماً بالحقوق التي التزمها بمقتضى عقده تجاه الطرف الآخر.

فالإيجاب والقَبول في عقد البيع، وهما لفظا: **«بعت، واشتريت»** أو ما بمعناهما، إذا صَدَر كل منهما من عاقد ذي أهلية شرعية لعقد البيع يرتبطان في نظر الشرع ارتباطاً يثبت له أثر في محل العقد وهو الأموال التي يقصد المتعاقدان تبادل الحقوق فيها، وذلك الأثر هو انتقال ملكية المال المبيع إلى المشتري، واستحقاق البائع الثمن.

وعقد الرهن يثبت به أثر كنتيجة لارتباط إيجابه بقبوله هو حق للدائن المرتهن في احتباس المال المرهون حتى وفاء الدَّين، كما يثبت عليه التزام بحفظه وصيانته مثلما يصونُ أمواله، حتى يفك الرهن أو يباع المرهون لوفاء الدَّين.

فالمال المرهون هو محل العقد، وحق الاحتباس موضوع العقد، وهو **الغاية النوعية** التي تميِّزه عن غيره من أنواع العقود. ثم بعد الانعقاد تثبت هذه الغاية فتكون **حكماً شرعياً** للعقد الواقع، أي أثراً أصلياً يرتبه الشرع ويثبته في محل العقد، أي على ذلك المال المرهون كأثر لعقد الرهن. وهكذا يقال في كل عقد[1].

---

(١) يقول صاحب الدرر:

«المراد بالعقد ارتباط أجزاء التصرف الشرعي. مثلاً إذا قيل «زوجت، وتزوجت» وجد معنى شرعي هو النكاح، يترتب عليه حكم شرعي هو ملك المتعة. وكذا إذا قيل بعت واشتريت، وجد معنى شرعي هو البيع، يترتب عليه حكم شرعي هو ملك اليمين» (ر: الدرر: شرح الغرر، أول كتاب النكاح ١/ ٣٢٦).

٢٧/ ٤ ـ موازنة بين التعريفين الفقهي والقانوني:

فالعقد في نظر فقهائنا ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه، بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلاً بهذا الاتفاق، إذ قد يحصل الاتفاق بين الإرادتين دون أن تتحقق الشرائط المطلوبة شرعاً للانعقاد، فلا يعتبر إذ ذاك انعقاد رغم اتفاق الإرادتين، وهي حالة بطلان العقد في نظر الشرع والقانون.

فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة. ذلك لأنَّ هذا التعريف القانوني إنما يعرف العقد بواقعته المادية، وهي اتفاق الإرادتين. أما التعريف الفقهي فيعرفه بحسب واقعته الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري. وهذا هو الأصح، لأنَّ العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية لولا الاعتبار الشرعي الذي عليه المعوَّل في النظر الحقوقي.

وهذا التعريف الفقهي أيضاً قد امتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأداة العنصرية المكونة للعقد. أي الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع، وهي الإيجاب والقَبول، فاتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، وإنما الذي يكشف عنه هو الإيجاب والقبول اللذان يعتبران عناصر العقد الظاهرة بما فيهما من إعراب عن تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى وتلاقيهما وفاقاً.

فهذا التحرُّك والتلاقي هو المعوَّل عليه في معنى الانعقاد؛ إذ قد تكون إرادتان متفقتين على التعاقد، ولا تتحرك إحداهما نحو الأخرى فلا يكون عقد، كما في حالة الوعد ببيع أو برهن أو بقرض مثلاً. فالتعريف القانوني يشمل الوعد أيضاً لوجود اتفاق الإرادتين فيه مع أنه ليس بعقد.

فالتعريف القانوني غير مانع[1]. فلذا قلنا: إنَّ تعريف فقهائنا للعقد أدق تصوراً وأحكم منطقاً، وإن كان التعريف القانوني أوضح تصويراً وأسهل فهماً في طرق التعليم.

٢٧/ ٥ ـ لمحة تاريخية عن العقد:

أصل العقد عرفه البشر من أقدم العصور. وقد يأتي بعد إحراز المباحات قدماً في أسباب التملك.

ومنشأ العقد وفكرته بين البشر هو من الماضي المجهول. فلا يعرف بعد كيف نشأت في البشر فكرة التعاقد على الالتزامات، وعن أي العوامل تولدت إلا على سبيل الظن والتخمين استنتاجاً من سنة النشوء والارتقاء في الحياة الاجتماعية وإدراك نظمها.

ويرى بعض العلماء الباحثين في ذلك من الأجانب أنَّ أول ما عرف البشر من التعامل هو التبادل الفوري. فعند الاحتياج كان الإنسان يعطي، ويأخذ بقدر ما يعطي. أما التعاقد على الالتزامات التي يكون الإنسان مسؤولاً بتنفيذها في المستقبل فلم يكن معروفاً في تلك العهود الأولى، ثم

---

(١) التعريف يجب أن يكون جامعاً مانعاً.

ومعنى كونه جامعاً أن يشمل جميع أفراد الشيء المعرَّف فلا يخرج عنه ما يجب أن يتناوله.

ومعنى كونه مانعاً أن تكون قيوده وحدوده مميزة للشيء المعرَّف عن غيره تمييزاً تاماً، يخرج عنه كل ما ليس من أفراده.

فإذا لم يشمل التعريف بعض أفراد المعرَّف كان غير جامع؛ كتعريف المدرسة مثلاً بأنها: «بيت تقيمه الحكومة للتعليم»، فإنه لا يشمل غير المدارس الحكومية.

وإذا كان يشمل غير أفراده كان غير مانع؛ كتعريف المدرسة بأنها «بيت العلم»، فإنه يدخل فيه دار الكتب والمطالعة.

وإذا كان يخرج بعض أفراده ويدخل غيرها كان غير جامع ولا مانع، وكل ذلك خلل في التعاريف.

تولّد ذلك عن طريق فكرة دية القتلى. فقد كان الاعتداء يوجب الثأر الفعلي بالحرب بين الأسرتين. ثم عرف أخذ الدية مكان الثأر، وقد لا يجدها لديه المعتدي، فيستمهل لجمعها من أسرته أو قبيلته، ويضع في مقابلها رهينة إلى أجل.

وعلى هذا يكون الأصل التاريخي للتعاقد الالتزامي هو الاتفاق الذي يتم على إعطاء مهلة في دفع الدية.

ويرى آخرون أنَّ أصل العقد هو اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما. ولكن على كل تقدير قد كان للأديان أعظم الأثر في ظهور التعاقد واحترام الالتزامات.

(ر: «نظرية العقد» للأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري في بحث سلطان الإرادة، ف/٨٩).

والعقد من أهم الظواهر المدنية ومقاييس حرمة الإرادة وحريتها.

وقد اعترت العقد أطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية، والحرية، وقوة الاعتبار.

وكلما تحرر العقد من قيود الشكلية فيما لا تتعلق به مصلحة عامة كان أقرب نسباً إلى الرقيّ الإنساني والحضارة الكاملة.

وقد كان العقد لدى بعض الأمم قبل الإسلام مطوَّقاً ومثقلاً بالشكليات:

أ ـ ففي التشريع الروماني القديم كان لأنواع العقود من بيع ونكاح وغيرهما مراسم وأشكال لا تعتبر العقود إذا لم تمر بها.

فمن ذلك الطريقة المعروفة في البيع عند الرومانيين باسم «مانسيباسيو mancipatio» وقد يسمونها أيضاً طريقة «النحاس والميزان» لأنهم يوجبون فيها حمل الميزان والضرب بالنقد النحاسي عليه. وكان يشترط لديهم في البيع

حضور المبيع في مجلس البيع، فلم يكن قابلاً للبيع إلا الأموال المنقولة.

ولما سوَّغوا بيع الأراضي كان لا بد في عقد «المانسيباسيو» في أول الأمر من إحضار جزء من تراب الأرض رمزاً إلى حضورها في مجلس العقد كالمنقولات.

فكانت العقود لديهم خاضعة لصور من الشكلية المادية الابتدائية[١].

ب ـ وفي جاهلية العرب كان بيوع تطغى فيها الشكلية على حرية أحد العاقدين وإرادته، كبيع الملامسة، والمنابذة، وإلقاء الحجر، فقد تعورف فيها أنَّ المشتري إذ لمس المبيع، أو ألقى عليه حجراً، أو نبذه إليه البائع فقد لزم العقد.

٦/٢٧ ـ وقد نهى النبي ﷺ عن هذه البيوع، وجاء التشريع الإسلامي على يديه بإطلاق العقود من القيود السخيفة وإخضاعها لمجرد **الإيجاب والقبول** الصادِرَيْن بالتراضي والأهلية، واعتبر فيها هذا التراضي هو الملزِم دون الأشكال والمراسم.

حتى لقد اعتد الفقه الإسلامي بما يغني عن الإيجاب والقبول في الدلالة على توافق الإرادتين، ذلك التوافق الذي هو الأصل في اعتبار العقود، فسوَّغ التعاطي[٢] في البيع ونحوه، واعتبر به العقد منعقداً في

---

(١) انظر الحقوق الرومانية «Droit romain» لكل من الأستاذين «مونيه» و «جيفار» الفرنسيين.
ويقول الأستاذ الدكتور محسن البرازي في كتابه «الحقوق الرومانية» ٢/ ١٥٤:
«إنَّ المراسم والأشكال ركن أساسي في الحقوق الرومانية التي تمتاز بهذا الطابع. ولئن صارت فيها بعض العقود تتم بالتراضي كالبيع والإجارة والشركة فما ذلك إلا للضرورة على أثر اتساع الحياة الاقتصادية وكاستثناء من القاعدة».

(٢) بيع التعاطي يكون بقبض المبيع بعد معرفة الثمن، كما لو وجد إنسان متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه، أو كان معروف الثمن، فأخذه وناول البائع ثمنه، فقبضه منه راضياً دون إيجاب وقبول باللفظ، فإن البيع ينبرم بينهما بذلك (ر: ف ٣٠/٩ ـ ١٠).

خسيس الأموال ونفيسها كما سيأتي، ولم يفرِّق في البيع بين المنقول والعقار، ولا بين حضور المبيع وغيابه.

والتشريع الإسلامي لم يتقيَّد بشيء من الشكليات التي لا دخل لها في تحقق معنى العقد بين طرفيه إلا إذا كان لها مساس بالغاية المقصودة من العقد، كاشتراط القبض في عقد التبرع والرهن، أو إذا كانت تتوقف عليها مصلحة ذات بال، كاشتراط الشهود لصحة عقد النكاح[1].

وقد صحَّح التشريع الإسلامي عقودَ الصغار المميزين والأرقاء إذا أذن لهم الأولياء والموالي في التجارة.

وكذلك سوَّى بين الرجل والمرأة في حرية العقود واحترام الإرادة في تصرفات الإرادة، من معاوضات، وتبرعات، والتزامات، ونكاح.

ولا يعرف تشريع سبق التشريعَ الإسلاميَّ في مضمار تحرير العقود من قيود شكلياتها المثقلة.

---

(١) الحكمة في اشتراط الشهود لصحة النكاح إنَّ الاجتماع والمعاشرة بين الرجل والمرأة يمكن أن يكون على أساس مريب غريب غير مشروع لولا إعلان النكاح ومعرفته؛ فلو صحَّ عقده سراً كما في العقود المالية لما تميَّز **السفاح عن النكاح**.

وقال ابن تيمية رحمه الله في فتاواه:

«إنَّ الأمر الشرعي بلزوم الشهود والإعلان في عقد النكاح إنما هو لتمييزه عن السفاح، وصيانة للنساء المحصنات عن التشبه أو الاشتباه بالبغايا، ولذا شُرِعَ في النكاح الاحتفال بضرب الدف والوليمة مما يوجب الشهرة». (فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٧٠ ـ ٢٧١ باختصار).

وسيأتي لذلك مزيد بسط وإيضاح (ر: ف ٣٠/ ١٠).

الفصل الثامن والعشرون

خمسة ألفاظ اصطلاحية في نظرية العقد

الركن ـ السبب ـ العلة ـ الشرط ـ المانع.

۱/۲۸ ـ لكي يفهم تكوين العقد فهماً دقيقاً يتيمز فيه أثر كل من العناصر التي يتوقف تكوينه وإنشاؤه عليها يحسن أن نمهد بإيضاح لبعض ألفاظ اصطلاحية في أصول الفقه يحتاج إلى معرفتها وتمييز مفاهيمها العلمية هنا وفي كثير من المباحث المستقبلة.

وهذه الألفاظ هي: **الركن، والسبب، والعلة، والشرط، والمانع.**

۲/۲۸ ـ أ ـ الركن:

فركن الشيء في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه؛ كأركان البيت، وهي زواياه التي تمسك بناءه.

والركن في اصطلاح الفقهاء، والأصوليين هو:

ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعدُّ جزءاً داخلاً في ماهيته (ر: المصباح المنير، وتعريفات السيد الجرجاني).

ـ فمثلاً ركن القياس الذي يبنى عليه هو الاتحاد أو الشبه في علة الحكم بين المقيس عليه والمقيس، لأن القياس يقوم بهذا الشبه كقيام البيت بأركانه الأربعة، وإذا فقد هذا الشبه لم يبق الأمر قياسياً، بل هو إثبات حكم مبتدأ للحادثة الجديدة.

(ر: الكشف شرح أصول البزدوي أول باب ركن القياس ۳/ ٣٤٤).

ـ وركن العقد هو ما يعبر عن اتفاق الإرادتين من إيجاب وقبول أو ما

يقوم مقامهما كما سنرى، لأنهما العنصران الذاتيان في ماهية العقد ومعناه، فبارتباطهما الشرعي يقوم العقد ويتكون كما يتكوَّن الماء من اتحاد عنصريه الكمياويين: مولد الماء، ومولد الحموضة (الهيدورجين والأوكسيجين).

وفي أمور العبادات يعدُّ الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً في الصلاة، لأنَّ ماهيتها وحقيقتها إنما تقوم بهذه الأعمال.

وعلى هذا لا يعتبر الفاعل ركناً في فعله بالمعنى الاصطلاحي للركن، لأنَّ الفاعل ليس جزءاً ذاتياً في معنى الفعل وماهيته، وإن كان لا بد لكل فعل من فاعل.

فالعاقد إذن لا يسمى ركناً في العقد. لكن بعض الفقهاء كالإمام الغزالي يعدُّ العاقد ركناً في العقد باعتبار أنه أحد جانبين أساسيين في تكوينه. (ر: تعريفات السيد الجرجاني، والمصباح المنير، مادة: ركن).

والشهاب القرافي من فقهاء المالكية أيضاً قد عدَّ في كتابه «الفروق» من أركان العقد: العوضين، والعاقدين (الفروق، ج ٢، الفرق/ ٧٠).

وهذا تساهل في التسمية، وإنَّ التحقيق ما قد بيَّناه. فالعاقدان والمحل المعقود عليه تعتبر من **مقوّمات العقد**، ولكنها ليست أركاناً بالمعنى الاصطلاحي للركن. فالمقوّمات أعم من الأركان لأنها تشمل كل ما لا يمكن وجود العقد فعلاً بدونه من ركن، أو عاقد، أو محل، كما سنرى (ر: ف ٢٩/ ١).

٢٨/ ٣ ـ ب ـ السبب:

السبب في أصل اللغة الحبل الذي يتعلَّق به الإنسان ويتشبث للارتقاء والانتقال. وسمي منهج الطريق سبباً، تشبيهاً بالحبل الممتد.

ومن ثم يطلق السبب أيضاً على كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضي إليه. وعليه قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ مِن كُلِّ شَىْءٍ سَبَبًا﴾ (الكهف: ١٨/ ٨٤). أي عرفناه بالذرائع التي توصل إلى النتائج في كل أمر (ر: مفردات الراغب).

والسبب في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو:

كل حادث ربط به الشرع أمراً آخر وجوداً وعدماً، وهو خارج عن ماهيته.

أي انَّ وجود السبب يستلزم وجود المسبِّب، كما أن عدم السبب يستلزم عدم المسبِّب.

مثال ذلك في الأمور المدنية والجزائية: أنَّ اتلاف مال الغير سبب لضمانه وتعويضه؛ وأنَّ القتل العمد العدواني سبب للقصاص؛ وأن القرابة سبب للإرث؛ وأنَّ الشركة في العقار سبب لاستحقاق الشفعة في حصة الشريك الآخر إذا باعها. وكل عقد ينعقد أو تصرف يباشر هو سبب شرعي لحكمه وآثاره الحقوقية التي رتَّبها الشرع عليه.

ويلحظ أنَّ السبب يشبه الركن من حيث ارتباط مُسَبَّبِه (بصيغة المفعول) به وجوداً وعدماً.

ولكنه يفترق عن الركن من حيث إنَّ سبب الشيء أمر خارجي عنه وليس جزءاً ذاتياً من ماهيته؛ فإنَّ إتلاف مال الغير مثلاً ليس جزءاً من مفهوم الضمان والتعويض، وكذا القرابة ليست جزءاً من حقيقة الإِرث، بل هما أمران منفصلان عن ماهية مسبباتهما. وهكذا كل سبب بالنسبة إلى مسبَّبه وهو حكمه الذي ربط به.

ومن علامة السبب أن يضاف إليه غالباً حكمه المسبب عنه؛ كقولنا: التزامات العقد، وضمان الإتلاف، وعقوبة الجريمة، وصلاة الصبح، وصيام رمضان إلخ.. فالعقد، والإتلاف، والجريمة، ودخول وقت الصبح، وشهر رمضان هي أسباب لما أضيف إليها.

٢٨/ ٤ ـ ج ـ العلة:

ـ أما العلة فإنها نوع خاص من السبب، فهي:

السبب الظاهر المناسب الذي يبني عليه الشارع الحكم.

فالإسكار مثلاً علة في تحريم الخمر. والعدوان على مال الغير بالإتلاف علَّة في تضمين المتلف. والعدوان على النفس المعصومة علة في إيجاب القصاص. واضطراب الفكر عند الغضب علة في نهي النبي عليه

الصلاة والسلام عن أن يقضي القاضي وهو غضبان.

وقد تسمى العلة بهذا المعنى سبباً أيضاً.

ـ وقد تطلق العلة على معنى **الحكمة التشريعية** في الحكم المشروع، أي على المصالح والمفاسد التي تتعلق بها الأوامر والنواهي الشرعية، فتكون بمعنى الغاية. فالقمع والزجر وصيانة الأنفس هي علل العقوبات بهذا المعنى. (ر: الموافقات ١/ ٢٦٥).

٢٨/ ٥ ـ د ـ الشَّرْط:

ـ الشرط، بفتح فسكون؛ وجمعه شروط، تدل مادته بمختلف صيغها وحركاتها في أصل اللغة على معنى العلامة الدالة المميزة.

ومنه قيل: أشراط الساعة، جمع شَرَط (بفتحتين) للحوادث الدالة على قربها. ومنه الشرطي واحد الشُّرطة (بالضم) لأفراد السلطة المكلفة بضبط النظام والأمن الداخلي، لأنهم يمتازون بعلامات في ألبستهم تميِّزهم عن سواهم.

والشريطة بمعنى الشرط، وجمعها: شرائط (ر: المصباح، ومفردات الراغب).

ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه الإنسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو غيره، لأنه كعلامة تميز العقد عن أمثاله بأحكام إضافية تخصه اتفق عليها الطرفان.

وقد عمَّ هذا المعنى وشاع في اللغة واستمر، وعليه يقع أشباه قولهم في المثل العربي المتقدم: «الشرط أملك، عليك أم لك».

ـ أما في اصطلاح الفقهاء والأصوليين، فالشرط أو الشريطة هو: **كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته.**

أي أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط.

ـ مثال ذلك أهلية العاقد، فإنها شريطة في كل عقد، ففاقد هذه

الأهلية كالمجنون مثلاً لا ينعقد عقده.

وكذا قابلية المال المبيع للتمليك، فإنها شريطة لانعقاد البيع، فإذا لم يكن المال المبيع قابلاً للتمليك لا ينعقد البيع، كما في المال الموقوف، فإنَّ بيعه باطل لعدم قابليته للتمليك.

وكذا كون المبيع مقدور التسليم، فلو باع حيواناً شارداً منه لا يقدر على تسليمه فالبيع باطل (م/٢٠٩).

ففقدان أحد الشروط قد اقتضى عدم انعقاد البيع شرعاً، لكن تحقق هذه الشروط في المال لا يوجب وجود البيع.

ـ وكل من هذه الشروط هو أمر خارجي عن معنى البيع فأهلية العاقد وقابلية المال ليسا أجزاءً ذاتية في عملية العقد وماهيته، لأن حقيقة العقد إيجاب وقبول؛ وإنما المال محل له، والعاقد فاعل.

وبهذه الصفة الخارجية يتشابه الشرط والسبب، ولكنهما يفترقان من حيث إنَّ الارتباط بين الشرط ومشروطه إنما هو في العدم، أما الارتباط بين السبب ومسببه فهو في الوجود وفي العدم.

ولذلك كانَ من المقرَّر أنَّ السبب متى وجد وكان مستوفي الشرائط منتفي الموانع لا بد أن ينتج الحكم المسبب عنه؛ بخلاف الشرط فإنَّ وجوده لا يوجب وجود المشروط.

ـ والشروط بوجه عام إنما هي مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف، بحيث إنَّ عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام. (ر: الموافقات للشاطبي ١/ ٢٦٢ ـ ٢٦٤).

فالقدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع، لأنه سبب للملكية وغاية الملكية الوصول إلى الانتفاع، فعدم إمكان تسليم المبيع يخلُّ بهذه الغاية المشروع لأجلها، فلذا كانت هذه القدرة شرطاً في البيع.

وهكذا نظر التشريع في كل الشرائط التي يشترطها بالنسبة إلى مشروطاتها.

٦/٢٨ ـ والفقهاء يقسمون الشرط باعتبار مصدر شرطيته إلى نوعين:

ـ شرط يفرضه الشرع، فيجعل تحققه لازماً لتحقق أمر آخر ربط به عدمًا، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر، وهذا ما تقدم بيانه وأمثلته في الفقرة السابقة.

ـ وشرط ينشئه الإنسان بتصرفه وإرادته، فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه ومرتبطة به، بحيث إنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود والالتزامات.

وذلك كما لو علق الإنسان كفالته بأمر يلائمها فقال لشخص دائن: إن سافر مدينك فلان اليوم، أو إذا لم يعد من سفره اليوم، فأنا كفيل بدينك الذي لك عليه، فإن سفر المدين أو عدم عودته من سفره يصبح شرطاً لثبوت الكفالة على القائل، فلا يعتبر كفيلاً ملتزماً بأداء الدَّين ما لم يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة.

ومثله ما لو علق الرجل طلاق زوجته بفعل أو بعدم فعل، فقال لها: إن فعلت كذا، أو إن لم تفعلي كذا اليوم، فأنت طالق، فإن فعلها أو عدم فعلها يصبح تحققه شرطاً لوقوع الطلاق، فلا يقع هذا الطلاق المعلق ما لم يتحقق ذلك الشرط[1].

ـ فالنوع الأول، وهو الشرط الذي مصدره الشرع يسمى: **الشرط الشرعي**؛ وهو غرض بحثنا هنا.

ـ والنوع الثاني، وهو الذي مصدره إرادة الشخص يسمى: **الشرط الجعلي**. وقد سمي «جعلياً» لأنَّ الأمر الذي صار شرطاً للالتزام لم تكن له

(١) يلحظ بهذا المناسبة أنَّ المادة/ ٩٠/ من قانون الأحوال الشخصية لدينا الصادر سنة ١٣٧٣ هـ = ١٩٥٣ م قد قيدت صحة تعليق الطلاق على شرط وأبطلت كل تعليق للطلاق إذا كان المقصود منه مجرد الحث على فعل أو المنع من فعل أو توكيد الأخبار. وبهذا التقييد المتفق مع أدلة واجتهادات شرعية زال كثير من المآسي العائلية الناشئة عن تعليق الطلاق بصورة غير مشروعة حمقاً وجهلاً من كثير من الرجال. (ر: ف ١٨/ ٣).

هذه الصفة شرعاً، وإنما جعله الشخص شرطاً معلقاً عليه في أمر كان له فيه حق التنجيز والتعليق.

وهذا النوع من الشرط له شبه بالسبب من حيث ارتباط مشروطه به وجوداً وعدماً: ففي صورة تعليق الكفالة مثلاً بسفر المدين نرى أنه إن لم يسافر لا تثبت الكفالة، وإن سافر ثبتت. ومثل ذلك يلحظ في كل شرط جعلي.

وهذا الشرط الجعلي لا يدخل في بحثنا هنا، لأننا سنتكلم عليه مفصلين أحكامه وما يصح تعليقه بالشرط من التصرفات وما لا يصح في بحث سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي.

٢٨/ ٧ ـ هـ ـ المانع:

ـ والمانع هو في اللغة اسم فاعل من المنع، ومعناه: كل ما يمنع سواه ويكون حائلاً دونه.

ـ أما في اصطلاح الفقهاء الأصوليين فالمانع هو: **كل ما يستلزم وجوده انتفاء غيره.**

وبذلك يكون المانع عكس الشرط، فإنَّ الشرط كما رأينا آنفاً يلزم من عدمه عدم غيره، أما المانع فيلزم من وجوده عدم غيره.

ـ وذلك كالعيب القديم في المبيع، والدَّين على المورِّث المتوفى، وقتل الوارث مورِّثه، ومرور الزمان على الحق، أي تقادمه:

فظهور عيب قديم في المبيع يجهله المشتري هو مانع شرعي من لزوم البيع في حق المشتري دفعاً للضرر عنه؛ فلا يصبح عقد البيع ملزماً له، بل يثبت له الخيار في فسخ البيع ورد المبيع المعيب لأنَّ ظهور هذا العيب مخل بالتراضي الذي هو أساس العقود، فيكون إلزام المشتري بالمبيع معيباً يلحق به ضرراً لا يقتضيه عقده ولم يرض به.

ووجود الدَّين على المورِّث المتوفى مانع شرعي من الإرث فيما يعادل الدين من تركته.

وقتل الوارث لمورثه مانع شرعي يحرم به القاتل من الإرث رغم قيام

سبب الإرث كاملاً وهو القرابة، لأنه لو ورث لكان منتفعاً بطريق الجناية المحظورة، وهذا ينافي الحكمة من ترتيب حكم الإرث.

ومرور الزمان بحده الشرعي على الحق هو مانع من سماع الدعوى بذلك الحق أمام القضاء، لأن إهمال صاحب الحق طلبه دون عذر مدة التقادم يورث في الحق شكاً مانعاً.

ـ ومن المقرَّر في حكم المانع أنَّ السبب مع وجود المانع يبقى سبباً صحيحاً في ذاته، وإنما وجود المانع كالحائل دون ثبوت الحكم المسبب[1]. ومن ثم وضعت القاعدة القائلة: **إذا زال المانع عاد الممنوع (م/ ٢٤)**.

وذلك كما لو ارتفع الحاجز القائم فإنه يظهر ما وراءه.

ففي التقادم، إذ أقرَّ المدَّعى عليه بالحق المدَّعىٰ به يزول الشك فينهدم التقادم، فتسمع عندئذ دعوى المدعي التي كانت ممنوعة بمرور الزمان، لزوال المانع.

وفي خيار العيب إذا زال العيب قبل أن يفسخ المشتري البيع، كما لو تبين في الدابة المبيعة مرض فشفيت منه، يصبح العقد لازماً لزوال المانع من لزومه، فيمتنع فسخه.

ـ ومن الواضح أنه ليس كل مانع قابلاً للزوال. فقتل الوارث مورثه مثلاً، وهو من موانع الإرث كما تقدَّم لا يمكن أن تزول فيه عن الوارث هذه المانعية، لأنه ناشىء عن حادث وقع لا يمكن رفعه؛ بخلاف الدَّين الذي على المورث المتوفى، وهو كما رأينا مانع من الإرث بمقدار الدَّين،

---

(١) وذلك بخلاف السبب الذي لم يتحقق شرطه الشرعي، إذ لا تنعقد سببيته ما لم تتوافر شرائطه، كعقد فاقد الأهلية، فإنه عقد باطل.

ومن هنا يظهر الفرق بين فقدان الشرط، ووجود المانع.

وإذا حدث عيب جديد في المبيع عند المشتري يكون مانعاً له من حق رد المبيع على البائع للعيب القديم. فإذا زال العيب الجديد يعود إليه حق رد المبيع للعيب القديم القائم فيه، لزوال المانع الحادث (م/ ٣٤٧).

فإنه إذا زال بإبراء الدائن للمتوفى، أو بوفاء الورثة للدين من أموالهم الخاصة يثبت لهم الإرث في كامل التركة لزوال الدَّين المانع.

هذا عرض إجمالي موجز جداً لفكرة **الركن**، **والسبب**، **والعلة**، **والشرط**، **والمانع**، وهي مفاهيم أصولية ضرورية معرفتها مسبقاً، لأنها محطات قائمة في طول الطريق التشريعي والمباحث الفقهية، والطالب محتاج إلى الاعتماد عليها في جميع خطواته العلمية[1].

اصطلاحنا في الفرق بين الشرائط والشروط

٨/٢٨ ـ رأينا في بحثنا عن الشرط أنَّ الشرط والشريطة هما بمعنى واحد لغة. وهو في الواقع أيضاً في اصطلاح الفقهاء والأصوليين فالشروط والشرائط في لسانهم جميعاً مترادفان على معنى واحد.

ـ غير أننا رجحنا في هذا الكتاب أن نصطلح على تخصيص لفظ **«الشرائط»** جمع «شريطة» بما يكون مصدره الشرع فيتوقف عليه وجود المشروط شرعاً، كأهلية العاقد لأجل انعقاد العقد؛ وتخصيص لفظ **«الشروط»** جمع «شرط» بما يكون مصدره إرادة الشخص؛ وهي الشروط الجعلية والالتزامية (ر: ف ٦/٢٨)، كتعليق الكفالة والطلاق، والقيود والالتزامات التي يشترطها المتعاقدان على أنفسهما.

وقد رجحنا الاصطلاح للتمييز بين الشرائط الشرعية والشروط العقدية في التسمية لأنهما موضوعان متميزان في مفهومهما وآثارهما، لأنَّ الأول من إرادة الشارع، والثاني من إرادة العاقد؛ فأحدهما تشريع، والثاني تصرف، فيجب أن يتميزا في التسمية.

---

* (١) ترى مباحث هذه المفاهيم الأصولية موسّعة مفصلة الأنواع والأحكام والفوارق في مواطن شتى من أمهات كتب أصول الفقه وقواعده، كشرح **التحرير** للكمال بن الهمام، والجزء الرابع من **«كشف الأسرار»** للشيخ عبد العزيز البخاري شرح أصول فخر الإسلام البزدوي وكلاهما حنفيان؛ وفي الجزء الأول من **«الموافقات»** للشاطبي، والجزء الأول من **«أنوار الفروق»** لشهاب الدين القرافي وكلاهما مالكيان.

وعلى هذا الاصطلاح سندرج في مستقبل مباحثنا.

٩/٢٨ ـ بقي من المعلومات العامة بحث تصنيف العقود. وقد آثرنا إرجاءه إلى الأخير ليسبقه من المعلومات ما يتوقف عليها حسن فهمه.

هذا، وبعد ما تقدَّم من المعلومات التمهيدية العامة ننتقل إلى المباحث الأساسية في نظرية العقد.

إنَّ مباحث نظرية العقد العامة تنقسم إلى ثلاث زمر: ١ ـ تكوين العقد وما إليه ٢ ـ آثار العقد وما إليها ٣ ـ انحلال العقد. وسنعالج فيما يلي هذه المباحث بهذا الترتيب. وننصح القارىء بإعادة النظر في المخطط التفصيلي لنظرية العقد الذي أوردناه قبيل الفصل ٢٧.

الفصل التاسع والعشرون

قوام العقد[1]

مقومات العقد: العاقدان ـ محل العقد ـ موضوع العقد ـ أركان العقد.

١/٢٩ ـ إنَّ العقد، كما رأينا، هو سبب من الأسباب الشرعية تترتب عليه أحكام، وهذا معنى قولنا: انَّ العقد مصدرٌ من مصادر الإلتزام.

وهو، كما ظهر من تعريفه، عمل إرادي مشترك يقوم على التراضي، ويربط جانبين من الأشخاص بأحكامه الشرعية، وهي الحقوق والالتزامات التي يُنشئها العقد في موضوع معيَّن.

فقوام العقد إنما يكون بمقوِّمات أربعة لا بد من وجودها في كل عقد، وهي:

ـ **العاقدان**، ويسميان طرفي العقد.

---

(١) قوام الشيء لغة، بالفتح والكسر، هو عماده الذي يقوم به وينتظم «المصباح المنير».

وقد استحسنا استعماله هنا بمعنى **المقوِّمات الأساسية** التي لا يمكن أن يتصور وجود العقد دونها؛ سواء كانت ركناً بالمعنى الاصطلاحي، أي جزءاً ذاتياً في عملية العقد ومعناه كالإيجاب والقبول، أو كانت من اللوازم العقلية الأخرى كالعاقدين والمحل.

وهذه المقومات هي غير الشرائط الشرعية في العقد لأنَّ الشرائط إنما هي أوصاف تكميلية أوجبها الشارع في تلك المقومات الأساسية للعقد، كأهليّة خاصة في العاقد، وقابلية خاصة في محل العقد. فالشرائط الشرعية أمور يمكن في الأصل أن يتصور وجود العقد دونها لولا أنَّ الشارع اشترط وجودها وجعل العقد متوقفاً عليها لمقاصد تشريعية يلحظها، بخلاف تلك العناصر التي سميناها «**مقوِّمات**» كالعاقد والمحل المتعاقد عليه، فإنها لا يمكن تصوُّر وجود العقد دونها.

- **ومحل العقد**، ويسمى: المعقود عليه.

- **وموضوع العقد**.

- **والأركان**، وهي العناصر الذاتية الإنشائية التي يتكوَّن منها العقد.

أولاً: العاقدان

٢/٢٩ ـ فأما العاقدان فقد يكون كل طرف منهما شخصاً منفرداً أو متعدِّداً، كما لو تخارج فريقٌ من الورثة مع أحدهم، أي تعاقدوا معه على أن يدفعوا إليه مبلغاً معيناً ويأخذوا حصته الإِرثية من التركة فيقتسموها بنسبة ما دفع كل منهم.

وقد يكون العاقدان أصيلين أو نائبين عن غيرهما في العقد كالوكيلين والوصيين، وقد يكون أحدهما أصيلاً عن نفسه والآخر وكيلاً عن غيره.

ثانياً: محل العقد

٣/٢٩ ـ وأما محل العقد، أو المعقود عليه، فهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه؛ وذلك كالمال المبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، والدين المكفول به في عقد الكفالة، والمتعة المشتركة في عقد النكاح، وهكذا...

ولمحل العقد شرائط شرعية يتوقف على توافرها انعقاده سنراها في شرائط الانعقاد.

ثالثاً: موضوع العقد

٤/٢٩ ـ وأما موضوع العقد فالمراد به **غايته النوعية**، أي المقصد الأصلي الذي شُرِعَ العقد لأجله.

وهذا الموضوع واحد ثابت غير مختلف في كل أفراد النوع الواحد من العقود وإنما يختلف باختلاف نوع العقد.

فالموضوع في كل عقد بيع إنما هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض؛ وفي كل هبة إنما هو تمليك العين الموهوبة مجاناً بلا عوض؛ وفي كل عقد إجارة إنما هو تمليك منافع المأجور بعوض؛ وفي كل عقد إعارة إنما هو تمليك المنافع بلا عوض؛ وهكذا.

ولذا قلنا: إن موضوع العقد هو **الغاية النوعية** فيه[١].

وبذلك تتميز الغاية النوعية عن **الباعث** الذي هو غاية شخصية للعاقد.

فإنَّ الباعث مثلاً لبعض الناس على بيع شيء من ماله قد يكون هو احتياجه إلى الثمن، أو كراهيته للمبيع، أو رغبته في الربح؛ وقد يكون الباعث لغيره على البيع هو رغبته في تهريب المال من وجه دائن أو وارث أو غير ذلك.

فالباعث قد يختلف باختلاف كل عاقد، أما الموضوع فإنما يختلف باختلاف نوع العقد كما بيناه[٢].

(١) يلحظ في هذا المقام أنه في بعض العقود قد يكون محل العقد مشتبهاً ما بين **المحل والموضوع والعاقد**، كما في عقد النكاح. فإنَّ محله في الحقيقة هو المتعة المشتركة بين الزوجين بغية التناسل. أما موضوعه فهو ملك هذه المتعة، أي حق الاستمتاع. ولذا يعرِّفه الفقهاء بأنه عقد موضوع لملك المتعة (ر: الدرر، أول النكاح).
وبما أنَّ غرض هذه المتعة التي هي محل العقد إنما هو الاستيلاد لذلك يقولون: إنَّ محل النكاح هو المرأة بهذا الاعتبار، ولكن محله الحقيقي إنما هو **المتعة الجنسية المشتركة لا المرأة**، وإلا كان في النكاح محل العقد والعاقد شيئاً واحداً.

* (٢) إنَّ **لمشروعية** الغرض الباعث على التصرف أو عدم **مشروعيته** اعتباراً مؤثِّراً في كثير من أحوال العقود وأحكامها في نظر فقهائنا. وهذا ما استقرَّ عليه الاجتهاد القضائي الحديث في الفقه الفرنسي أيضاً. (ر: نظرية العقد للأستاذ السنهوري ف/ ٥٤٤ ـ ٥٤٨).
غير أنَّ الأستاذ الدكتور شفيق شحاتة في رسالته عن «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» (ف/٤٨) يقول:
«والواقع أن الدافع أو الباعث لم يعتبر أبداً عند الفقهاء، حتى إنهم قالوا: إنَّ البيع يصح، ولو أن الغرض الذي سيستعمل فيه المبيع غير مشروع».
=

....

= ولا يخفى أن هذا الحكم غير سديد على إطلاقه حتى بالنسبة إلى الاجتهاد الحنفي الذي اتخذه الأستاذ المشار إليه أساساً للبحث في رسالته هذه.

فقد نصَّ فقهاء الحنفية على مسائل يتجلّى فيها أنهم يقررون تأثيراً هاماً لمشروعية الباعث وعدمها في مواطن من أحكام العقود:

فمن ذلك ما صرحوا به في الإِجارة أنَّ الإنسان لو استأجر عاملاً لهدم بنائه، **ثم بدا له العدول عن الهدم**، فإنَّ له فسخ الإجارة بهذا العذر. أما إذا أراد فسخ الاستئجار **لأنه وجد عاملاً أرخص أجراً، أو أراد أن يهدم البناء بنفسه فلا يعتبر فسخه.**

وكذلك نصُّوا في المزارعة ـ وهي نوع شركة زراعية تكون فيها الأرض من جانب والعمل من آخر ـ أن من عليه البذر يحق له فسخ المزارعة قبل إلقاء البذر في الأرض لأنَّ فيها إتلاف ماله وهو البذر فله الرجوع عنها، كما سنرى في بحث العقود غير اللازمة (ف ٤٠/٧ ثانياً).

لكن إذا أراد فسخ المزارعة **لأنه وجد مزارعاً يرضى بنصيب أقل، أو أراد أن يعمل بنفسه فلا يحق له الفسخ** (ر: رد المحتار ١٧٧/٥).

فهذه الفروع الفقهية كما ترى من أوضح الصور على اعتبار الباعث، وتأثير مشروعيته وعدمها في أحكام العقود بنظر فقهائنا.

حتى إنَّ عدم مشروعية الباعث على العقد قد توجب **بطلان العقد** في بعض المذاهب الاجتهادية، ولو كان العقد في ذاته مشروعاً، وهي قضية خلافية مشهورة في علم أصول الفقه الإسلامي، وذلك كمسألة الزواج بالمرأة **المطلقة ثلاثاً** إذا كان الباعث على الزواج ليس رغبة في الحياة الزوجية معها، بل **لأجل تحليلها** للزوج الأول، وكمسألة بيع السلاح للعصاة والبغاة، وبيع العصير لأجل اتخاذه خمراً، إلى غير ذلك من المسائل التي اختلف فيها الاجتهاد. وقد أوضح هذا المبدأ واختلاف الفقهاء الأصوليين في حدوده ومدى تأثيره الإمام الشاطبي في مواطن عِدَّة من كتابه **«الموافقات»**: (ر: الموافقات، **المسألة السابعة** من النوع الثاني في الشروط ٢٧٤/١ ـ ٢٨٠ **والمسألة الثالثة** من بحث مقاصد المكلف، ٣٣٣/٢ ـ ٣٣٧).

ويتصل هذا المبدأ بالقاعدة الفقهية القائلة: **«الأمور بمقاصدها»** وهي مستمدة من قول النبي عليه الصلاة والسلام:

«إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى» (ر: **ف ١٠/ ٢ الحاشية**).

نعم إنَّ لفقهاء المذاهب أنظاراً مختلفة في حدود نظرية **(الباعث)** ومدى تأثيره.

فبيع المدين أمواله بقصد تهريبها من وجه الدائنين صحيح نافذ في الاجتهاد الحنفي إذا كان غير محجور عليه قضاء بالإفلاس، لأنَّ الدين متعلق بذمته، أما أعيان ماله فهي=

٥/٢٩ ـ هذا، ويتَّضح مما تقدَّم أنَّ موضوع العقد من حيث المآل يتَّحد مع ما يسميه الفقهاء: **حكم العقد**، أي الأثر الذي يترتب عليه.

فالموضوع، والغاية النوعية والحكم، هي مفاهيم جد متقاربة مآلاً، وإنما تختلف التسمية باختلاف وجهة النظر إليها.

فموضوع عقد البيع، وهو نقل الملكية بعوض، إذا نظرنا إليه من جهة العاقدين المتبايعين كان غاية لهما يسعيان إلى تحقيقها بهذا النوع الموصل إليها من العقود.

وإذا نظرنا إليه من جهة الشارع كان هو الحكم والأثر الذي يقره التشريع كنتيجة للعقد بعد وقوعه (ر: ف ٣/٢٧).

رابعاً: أركان العقد

٦/٢٩ ـ وأما أركان العقد، أي الأجزاء التي يتكوَّن منها، فهي شيئان: **الإيجاب، والقَبول**، وهما ـ كما اتضح من المناسبات السابقة ـ العوامل الإنشائية في بناء العقد.

فالإيجاب والقبول هما العمل القانوني الذي يربط المتعاقدين، فتصير به إرادتاهما شريعة ملزمة لهما في حدود حقوقهما.

والإيجاب والقبول يسميان: **صيغة العقد**، أي العبارات المتقابلة الدالة على اتفاق الطرفين. (ر: ف ٣/٢٧).

وهذه الصيغة تتعلق بها مباحث فقهية هامة نفردها بالفصل التالي:

= حرة، ولو كلف كل مشتر أن يعرف ما على بائعه من ديون لكان في ذلك حرج عظيم تأباه حكمة التشريع.

على أنَّ متأخري الحنفية أفتوا في الوقف بعدم نفاذ **وقف المدين** فيما يعادل الدَّين من أمواله إلا إذا أجازه الغرماء الدائنون، كيلا يلجأ المدين إلى وقف أمواله بدافع تهريبها من سلطة الدائنين. (ر: ف ٦/١٥ الحاشية وف ٥/٣٨ و ٥/٦٥، ورد المحتار ٣/ ٣٩٥ ـ ٣٩٦).

الفصل الثلاثون

صيغة العقد وما إليها

ما يجب أن يتوافر في صيغة العقد اللفظية ـ انعقاد العقد بالكتابة، وبالإشارة، وبالدلالة ـ نوعا الدلالة: التعاطي ولسان الحال ـ العقود العينية.

المطلب الأول: صيغة العقد

٣٠/ ١ ـ الأصل في معنى العقد اتفاق الإرادتين، أي التراضي، وليست الألفاظ إلا ترجمة عنهما.

ولما كانت الإرادة من الأمور الباطنة، وكانت للعقود نتائج ذات بال في الأموال والأعمال، أوجب الفقه الإسلامي ظهور الإرادتين بشكل واضح بيِّن لا شك فيه؛ وذلك بأن تتوافر في الصيغة اللفظية المعبرة عنهما، وهي الإيجاب والقبول، ثلاثة أمور أساسية:

ـ جلاء المعنى.

ـ وتوافق الإيجاب والقَبول.

ـ وجزم الإرادتين.

وإليك إيضاح هذه النواحي:

٣٠/ ٢ ـ أولاً: جلاء المعنى في صيغة العقد:

المراد بجلاء المعنى في صيغة العقد أن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في كل عقد تدل دلالة واضحة عرفاً على نوع العقد المقصود للعاقدين. وذلك لأنَّ العقود يختلف بعضها عن بعض في

الموضوع والأحكام، فإذا لم يُعرف بيقين أن العاقدين قد قَصَدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به.

ففي مبادلة المال بالمال يجب أن يستعمل لفظ **«البيع»** أو ما يؤدي معناه من تمليك الأعيان بعوض.

وفي المبادلة على المنفعة يجب أن يستعمل لفظ **«الإجارة»** أو ما يفيد معناها من تمليك المنفعة بعوض؛ وهلمّ جراً.

ولا فرق بعد هذا بين أن تكون دلالة اللفظ على العقد المقصود دلالة حقيقية أو مجازية، فإنَّ الجلاء والوضوح يتحقق في طريقي الحقيقة والمجاز.

ومتى احتمل اللفظ المستعمل في الإيجاب أحد عقدين أحدهما أقوى وأكثر إلزاماً لأحد العاقدين والآخر أدنى، فإنه يحمل على الأدنى جرياً مع اليقين، إذ لا يسوغ إلزامَ أحد بالتزامات عقدية لم يتحقق قصده إلى العقد الموجب لها. (ر: الدر المختار ج ٥، أول كتاب الإيداع).

وعلى هذا كانت ألفاظ «الكنايات» في أحد العقود يحتاج في عقده بها إلى قرينة ترجِّح أنَّ العاقد قد أراد بها ذلك العقد، لأنَّ لفظ الكناية يحتمله كما يحتمل غيره، فلا بد من مرجِّح، وهو القرينة.

فينعقد البيع بلفظ الهبة[1] المقرون بالثمن، بأن يقول أحد المتبايعين: وهبتك هذا بكذا دراهم، فيقبل الآخر (ر: فتح القدير، ٥/٤٥٨).

وكذا ينعقد النكاح بلفظ الهبة أو الصدقة أو نحوهما مما يفيد الملك الدائم إذ قُرن بالمهر، بأن تقول المرأة للرجل مثلاً: وهبتك نفسي على مهر قدره كذا، فيقبل الرجل. (ر: الهداية وشروحها ٣/١٠٥ ـ ١٠٨).

---

(١) لفظ الهبة يعتبر صريح الدلالة لا يحتاج إلى قرينة إذا استعمل في معنى التمليك المجاني بلا عوض. أما إذا استعمل في نحو البيع أو النكاح فيعتبر كناية في الدلالة عليهما، فيحتاج إلى قرينة ترجِّح أنه أريد به العقد المقصود بيعاً أو نكاحاً.

وذلك لأنَّ ذكر الثمن أو ذكر المهر قرينة تجعل لفظ الهبة جلي الدلالة على قصد البيع في الحالة الأولى، أو على قصد النكاح في الحالة الثانية، إِذ إنَّ العبرة في العقود **للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**، كما تنطق به تلك القاعدة الذهبية المشهورة في الفقه الإسلامي (م/٣).

ولو قال إنسان لآخر: حملتك على هذه الدابة، أو أسكنتك في هذه الدار، أو أعنتك بهذا المبلغ فخذه. لا يعتبر هذا هبة إلا إذا قامت قرينة على إرادة الهبة، كما لو كان القائل مَلِكاً مثلاً، وإلا كان عاريّة في مثال الدار والدابة، وقرضاً في مثال المبلغ من النقود، حملاً على أدنى احتمالات اللفظ، كما تقدم.

وكذا لو قال لآخر: خذ مني هذا الشيء، فإن ظهر غرض الهبة فهو هبة، وإلا كان وديعة يجب حفظها لمعطيها.

٣٠/ ٣ ـ ثانياً: توافق الإيجاب والقبول:

يجب أن يوافق القبول الإيجاب من جميع الوجوه؛ فإذا خالفه لا يعتبر قبولاً، فلا ينبرم به العقد.

فلو أوجب البائع مثلاً لبيع الشيء بثمن قدره مائة، فقبل المشتري بتسعين؛ أو أوجب المؤجر بخمسين ديناراً نقداً، فقبل المستأجر بخمسين مقسطة أو مؤجلة، لا ينعقد العقد بهذا القبول.

ويعدُّ من المخالفة أيضاً تجزئة الصفقة بالقبول، ولو مع المحافظة على نسبة البدل. فإذا أوجب البائع بيع ثوب من الجوخ، أو كمية من القمح بثمن معيَّن، فقبل المشتري نصف المبيع بنصف الثمن لا ينعقد البيع لمخالفة القبول للإيجاب، إذ ربما كان البائع لا يوافقه بيع بعض المبيع دون بعض (ر: المجلة/ ١٧٧٧).

ولكن القبول المخالف لا يبطل، بل هو صالح لأن يبنى عليه، وقد يرضى به الطرف الآخر. فالقبول المخالف يعتبر **إيجاباً جديداً** يحتاج في

انعقاد العقد على أساسه إلى قبول من الطرف الآخر الذي كان هو الموجب، فيصبح القابل موجباً، والموجب قابلاً.

على أنه إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب، إنما هي مخالفة **إلى خير من كل وجه** بالنسبة إلى الشخص الموجب لا تكون مانعة من الانعقاد لأنها في الحقيقة ليست مخالفة، وإنما هي عندئذ زيادة في الموافقة، وليست العبرة للأشكال الصورية بل للمقاصد الجوهرية.

فلو أوجب المشتري بعشرة دنانير فقبل البائع بأقل منها، أو أوجب البائع بعشرة فقبل المشتري بأكثر منها، كان ذلك في الحقيقة قبولاً بالمبلغ الذي تضمنه الإيجاب مع التزام حطٍ منه أو زيادة فيه لمصلحة الطرف الموجب. فينعقد البيع بالثمن الذي تضمنه الإيجاب، ويتوقف لزوم الحط أو الزيادة على رضى الطرف الموجب، لأنَّ القاعدة: أنَّ الحط من العوض والزيادة فيه لمصلحة الطرف الآخر يتوقف لزومهما على رضاه (ر: رد المحتار ٤/ ١٩).

أما إذا لم تكن المخالفة إلى خير وأفضل من كل وجه، بل **من وجه دون وجه** لا ينعقد العقد إلا بموافقة الطرف الآخر، كما لو كانت المخالفة من كل وجه، وذلك كما لو أوجب البائع بعشرين ديناراً **نقداً** فقبل المشتري بأربعين **نسيئة** إلى شهر مثلاً، فلا ينعقد العقد، بل يعتبر القبول المخالف إيجاباً يحتاج إلى قبول. ذلك لأنه وإن كان الثمن المقبول أزيد مقداراً، قد تكون حاجة البائع أو رغبته في النقد العاجل، أي في الناحية التي خولفت، فيفوت غرضه.

٣٠/ ٤ ـ ثالثاً: جزم الإرادتين:

والمراد به أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مفيدة للبت في العقد بصورة لا تردد معها ولا تسويف، وإلا كانت نية الارتباط منتفية، لأن التردد في حكم الرفض.

ومن الواضح أنه إذا انتفت دلالة الصيغة على وقوع الارتباط والتعاقد، فلا عقد ولا التزام. وعلى هذا يقرر الفقهاء أن الوعد بالبيع لا ينعقد به البيع ولا يلزم صاحبه قضاء(١).

ومن صورة الوعد أن تقترن عبارة الإيجاب أو القبول بأداة تأخير وتسويف، كحرف السين أو سوف. فلو قال البائع لمن يستام الشيء: سأبيعكه بكذا، أو قال المستام: سوف أشتريه، فإنَّ البيع لا ينعقد بذلك ولو قبل الطرف الآخر قبولاً باتاً(٢). (ر: المجلة / ١٧١).

---

* (١) يلحظ هنا أن المواد / ٢٢٠ ـ ٢٢٧/ من قانون الملكية العقارية السابق لدينا ذي الرقم /٣٣٣٩/ قد قضت بأن الوعد ببيع العقار ملزم للواعد إذ حصل بشرائط ومراسيم عيَّنها القانون المذكور وهو موجب للتسجيل الجبري في العقار على اسم الشخص الموعود إذا ادعى هذا على المالك الناكل عن وعده.

فالحكم الفقهي في أنَّ الوعد بالعقد غير ملزم أصبح في بلادنا معدلاً بهذا القانون في حق العقار.

والواقع أنَّ الوعد ببيع العقار كما رسمه القانون المذكور هو في الحقيقة تعهُّد من المالك بالبيع متى طلب راغب الشراء خلال مدة معينة، وهذا التعهد يتفق عليه الطرفان، وليس مجرَّد وعد.

ثم جاء القانون المدني السوري الذي صَدَر خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل، فعمَّم هذا الحكم على كل وعد بعقد، فاعتبره ملزماً للواعد إذا استوفى شرائطه التي قررها القانون المذكور مهما كان نوع العقد الموعود.

ومن الواضح أنَّ عقد الزواج لا يدخل تحت هذا التعميم، لأنه خاضع لقانون الأحوال الشخصية الذي لا يجعل الوعد بالزواج ملزماً.

(٢) يلحظ في هذا المقام أنَّ العقد قد يقع معلقاً وجوده على وجود شرط، كما لو علق الكفيل كفالته على سفر المدين بأن قال: إذا سافر فقد كفلته.

وقد يعقد العقد مضافاً بدء حكمه إلى المستقبل، كما لو آجر إنسان داره سنة تبتدىء من أول الشهر القادم.

وقد يعقد العقد بخيار لأحد العاقدين، كما لو تبايعا على أن يكون المشتري مخيراً إلى ثلاثة أيام، فيكون له خلالها حق في نقض البيع ورد المبيع، وهو المسمى: **خيار الشرط** (ر: ف ٣/٧ تاسعاً).

فالتعليق أو الإضافة في العقود التي تقبلهما، وكذا خيار الشرط في العقود التي يجري فيها، لا ينافي الجزم الواجب وجوده في صيغة العقد، كما لا يخفى.

=

٥/٣٠ ـ والصيغة العامة التي يرجحها الفقهاء في الإيجاب والقبول للدلالة على الإرادة الجازمة هي صيغة الماضي، نحو: بعت واشتريت، ورهنت وارتهنت، وزوجت وتزوجت، إلخ...

ولفظ **قبلت** أو **رضيت** أو ما في معناهما، بعد ذكر الإيجاب، يكفي ويغني عن إعادة ما تقدَّم في الإيجاب.

على أنَّ صيغة الماضي ليست بشرط، وإنما هي أفضل من سواها لدلالتها في مقام العقود على الإنشاء الجازم.

فلو عبر الطرفان بالمضارع مقصوداً به الحال انعقد العقد؛ كما لو قال: أبيعك الآن، فقال الآخر: اشتري الآن (ر: المجلة/ ١٧٠).

ومثل ذلك في الصلوح كل عبارة تظهر بوضوحٍ إرادة العاقدين الجازمة في إنشاء العقود بحسب موضوع كل عقد.

ففي عقد البيع لو أوجب المشتري بقوله: هذا عليَّ بألف، فقال البائع: قبلت، أو أوجب البائع بقوله: هو لك بألف إن وافقك أو أعجبك أو إن أردت، فقال المشتري: وافقني أو أعجبني أو أردت، ينعقد البيع بكل هذه العبارات (ر: «فتح القدير» للكمال ابن الهمام ٥/٤٥٨ ـ ٤٥٩).

حتى إنَّ الفقهاء قد اعتبروا صيغة الأمر وغيرها من العبارات كافية إذا كانت تنبىء عن إيجاب أو قبول مقدَّر يقتضيه المعنى ويستلزمه، كما لو قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال المالك: «خذه» أو «يبارك الله لك

= فإرادة العاقدين في العقد المعلق أو المضاف أو المخير فيه مبتوتة ليست كإرادة من يعد بالبيع وعداً أو يقول: **سوف أبيع**. ولكن العقد المعلق مجزوم به من قبل العاقد لا حالاً، بل عند وجود الشرط الخارجي المعلَّق عليه؛ والعقد المضاف مجزوم به للحال، إلا أن ابتداء حكمه مؤخَّر إلى زمن معين؛ والعقد مع الخيار مبتوت أيضاً في أصل انعقاده، وليس الخيار إلا حقاً ممنوحاً لأحد العاقدين في فسخ العقد القائم.

فكل ذلك لا ينافي الجزم بالمعنى المقصود هنا في صيغة العقد.

فيه»، وذلك لأنها في قوة قوله: بعتك فخذه. فقد بنوا على المدلول المقدر (ر: المجلة/ ١٧٢).

أما الإيجاب أو القبول نفسه فلا يكون أبداً بصيغة الأمر. فلو قال: بعني أو آجرني بكذا، فقال: بعتك أو آجرتك، لا ينعقد العقد بذلك حتى يقبل الآمر لأنَّ الأمر هنا مجرد طلب وتكليف. (ر: المجلة/ ١٧٢).

وقد استثنوا عقد النكاح خاصة فقرروا فيه انعقاد العقد إذا قال الرجل للمرأة: زوِّجيني نفسك، أو قال لوليها أو وكيلها: زوِّجني فلانة، فأجيب: زوَّجتك.

فمنهم من اعتبر الأمر هنا إيجاباً على سبيل الاستثناء من القاعدة. ومنهم من اعتبره توكيلاً، فالطرف الثاني بإجابته يكون قد تولى طرفي العقد بحكم هذه الوكالة.

على أنه لو عمم اليوم هذا الحكم فاعتبرت صيغة الأمر إيجاباً في جميع العقود كما في عقد النكاح لكان حسناً، لاتجاه عرف الناس إليه، والعرف في ذلك معتبر شرعاً.

المطلب الثاني: الكتابة، والإشارة، والدلالة

٣٠/٦ ـ هذا، وإن النطق باللسان ليس طريقاً حتمية لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي، بل النطق هو الأصل في البيان، ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعبر عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً.

وعلى هذا، أقرَّ الفقهاء أنه يقوم مقام النطق في الإيجاب والقبول إحدى وسائل ثلاث أخرى، وهي: **الكتابة، وإشارة الأخرس، والتعاطي** (ر: المجلة / ١٧٣ ـ ١٧٥).

٣٠/ ٧ ـ أولاً: الكتابة:

فالكتابة بين الغائِبَين كالنطق بين الحاضِرَين، وعلى هذا الاعتبار وضعت القاعدة الفقهية القائلة: **«الكتاب كالخطاب** (المجلة/ ٦٩)»[١].

ويشترط في الكتابة لكي تعتبر أن تكون: **مُسْتَبينة، ومرسومة.**

ـ ومعنى كونها **مستبينة** أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه. فلا تعتبر الكتابة في الهواء؛ أو على سطح الماء.

ـ ومعنى كونها **مرسومة** أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس في مراسم زمانهم وتقاليده، وذلك بأن تكون مصدَّرَة باسم المرسِل والمرسَل إليه[٢]، أو مختومة أو موقعة من المرسِل المتكلم، وأن تكون في زماننا على قرطاس لا على نحو ألواح العظام وجلود الحيوان وأوراق الشجر مما كان يكتب عليه في الماضي القديم.

والرأي الفقهي في الإيجاب والقَبول بالكتابة أنَّ حكمها لا يبدأ منذ كتابة العبارة، بل عقب وصول الكتاب وقراءته. فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها، فيعتبر الموجب موجباً والقابل قابلاً.

وهذا في العقود، بخلاف التصرُّفات التي لا تتوقف على علم الطرف الآخر ورضاه، كالطلاق والإعتاق، فإنها إذا كتبت كتابة مستوفية الشرائط، أي مستبينة مرسومة، بأن كتب أحد إلى زوجته كتاباً يقول لها فيه: **أنت**

---

(١) المراد بالكتاب في هذا المقام الخطاب الذي تكتب فيه عبارة الإيجاب أو القبول موجهة من أحد العاقدين إلى الآخر، بأن يكتب إليه مثلاً: إني اشتريت منك كذا بكذا، فيكتب إليه الآخر: قد قبلت، أو قد بعتك ما طلبت بما ذكرت من الثمن، ونحو ذلك؛ فيكون هذا كما لو تشافها بالإيجاب والقبول نطقاً (ر: الأشباه، ج٢ الفن ٣ ص/ ١٩٦، وفتح القدير ٥/ ٤٦١ ـ ٤٦٢).

وليس المراد كتابة الصك الذي يكتب المتعاقدان فيه العقد ويوقعانه، فإنَّ كتابة الصك ليست مما نحن بصدده، لأنَّ الصك ليس من قبيل إنشاء العقد بالكتابة، بل هو إقرار خطيٌّ بوقوع العقد، أي إنَّ الصك هو وثيقة مثبتة، وليس عبارة منشئة.

(٢) يلحظ هنا أنه في زماننا يكتفي بتصدير الكتابة باسم المرسَل إليه فقط مع توقيعها أو ختمها باسم المرسِل في نهايتها، فإنه المعتاد اليوم.

طالق، فإنها تأخذ حكمها فور الكتابة. فيقع الطلاق حالاً، ولا يتأخر إلى وصول الكتاب وقراءته[1].

٨/٣٠ ـ ثانياً: الإشارة:

وأما إشارة الأخرس فإنها تقوم مقام النطق باللسان باتفاق الفقهاء، إذا كان لا يعرف الكتابة، في جميع تصرفاته التعاملية القولية التي يكون له فيها إشارة معهودة مفهومة جرت عليها عادته، سواء منها ما كان عقداً كالبيع والشراء والنكاح، أو كان إنشاءً منفرداً في **التمليكات** كالوصية لجهة خيرية والوقف، أو في **الإسقاطات** كالطلاق والإبراء وإسقاط الشفعة، أو في غير ذلك كالدعوى والإقرار وحلف اليمين.

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة:

«الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان» (م/ ٧٠).

أما إذا كان الأخرس كاتباً فالرأي الراجح فقهاً أنه لا تصح تصرفاته إلا بالكتابة لأنها في الدلالة، كالنطق من كل وجه. أما الإشارة فهي دون الكتابة دلالةً، فلا تقبل مع إمكان الكتابة.

وإذا كان الخرس غير أصلي بل طارئاً، وهي حالة **معتقل اللسان**، فالرأي المرجَّح عند فقهائنا أنه إذا كان لا يعرف الكتابة وتكونت له إشارات معهودة اعتادها للإفصاح عن مراده، تقبل إشارته هذه في تصرفاته إذا دامت عقلة لسانه إلى الموت.

وعلى هذا تكون تصرفاته بإشارته المعهودة موقوفة إلى موته: فإذا مات على عُقلته نفذت تصرفاته مستندة إلى تاريخ صدورها، أي انها يكون لها أثر رجعي.

---

(١) أما إذا كانت الكتابة قد علِّق فيها الطلاق على بلوغ الكتاب بأن كتب الرجل إلى زوجته: **إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق**، فلا يقع الطلاق عندئذ إلا بعد وصوله، كما في العقود.

وانظر في أحكام الكتابة وشرائطها: (رد المحتار ٤٢٨/٢، والأشباه لابن نجيم مع حاشية الحموي ج ٢، الفن الثالث، ص/١٩٦ ـ ١٩٧).

ومن الفقهاء من يرى الاكتفاء بدوام عقلته سنة، فيصبح بعدها كالأخرس الأصلي، وتقبل إشارته المعتادة، ويكون لها نفاذ فوري.

وهذا أوجه وأدفع للحرج، فإنَّ الرأي الأول فيه حرج عظيم، فقد تمتد حياة معتقل اللسان عشرات السنين بعد عقلته، فلا ينبغي وقف تصرُّفاته طوال ذلك مع أنه قد تكونت له إشارة معتادة (ر: رد المحتار ٢/ ٤٢٥).

وسيأتي إيضاح النظر الفقهي في إشارة الأخرس ومعتَقَل اللسان في كلامنا على القاعدة السالفة الذكر في القسم الثالث من هذا الجزء.

٣٠/ ٩ ـ ثالثاً: الدلالة:

وأما الدلالة فالمراد بها أن يكون الانعقاد مستفاداً بفعل من شأنه أن يترتَّب على العقد، ويعبر عن تنفيذه، أو مستفاداً من حال تستدعي انعقاده.

وتحت انعقاد العقد بالدلالة صورتان: **التعاطي، ولسان الحال**.

٣٠/ ١٠ ـ أ ـ التعاطي:

فأما التعاطي فهو أخذ وعطاء، أي مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضي دون تلفظ بإيجاب أو قبول (ر: المجلة/ ١٧٥).

وذلك كما لو وجد إنسان متاعاً في حانوت مكتوباً عليه ثمنه، أو كان معروف الثمن، أو سأل صاحبه عن سعره فبيَّنه له؛ فأخذه وناول البائع ثمنه، فقبضه منه راضياً دون إيجاب وقبول لفظيين، فإنَّ البيع ينبرم بينهما بهذا الأخذ والعطاء، لقيامهما مقام الإيجاب والقبول في الدلالة على تبادل الإرادتين الجازم في عقد المعاوضة.

ويكفي في انعقاد العقد بالتعاطي أن يكون الإعطاء من جانب واحد، أي أن يكون القبض واقعاً على أحد العوضين فقط في عقد المعاوضة على الراجح من الآراء الفقهية، كما لو سأل راغب الشراء عن سعر الشيء ثم دفع الثمن إلى المالك فقبضه هذا منه ووعد بتسليم المبيع بعد ذلك، فإنَّ

البيع ينعقد، ويكون كل منهما ملزماً ولو تحوّل السعر بعد ذلك (ر: المجلة/ ١٧٥/ ، ورد المحتار ٤/ ١١).

ويعدُّ من التعاطي قبض البائع من المشتري عربوناً دون تلفظ بإيجاب وقبول، فينعقد به البيع، فليس لأحدهما رجوع بعد ذلك، لأنَّ العربون يعتبر جزءاً من الثمن.

ويمكن أن تعتبر نوعاً من التعاطي اليوم الطريقة المعتادة في العقود التي تسمى بلغة الحقوق الحديثة **عقود الإذعان**، كالاشتراك في النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها، فإنها تتم بتقديم طلب مكتوب وقيام المؤسسة المختصة، من شركة أو بلدية أو دائرة حكومية، بالتمديدات اللازمة وإيصال المنافع المطلوبة.

ومثله اليوم ركوب الإنسان في الحافلات (باص)، وقطع البطاقات للركوب في القطار أو للدخول إلى السينما ونحوها، وكذا إرسال مجلة أو جريدة إلى طالبها.

ويجري التعاطي في خسيس الأموال ونفيسها، أي في رخيص الثمن وغاليه. فكما يجوز في الخبز والفحم والحطب والحجر ونحو ذلك من الرخيص التافه يجري أيضاً في اللآلىء والأحجار الكريمة من الثمين الغالي.

فلو رأى إنسان عِقْداً من الجوهر عند جوهري وفهم منه ثمنه، فدفعه له وسلمه الجوهريُّ العِقْدَ انبرم بينهما البيع بلا لفظ[1].

* (١) اجتهاد الشافعية، في الأصل، أنه لا يسوغ البيع بالتعاطي دون لفظ، ثم جوَّزه متأخروهم لشيوعه والحاجة إليه في خسيس الأموال، أي رخيصها، دون نفيسها.

والاجتهادان المالكي والحنبلي كالاجتهاد الحنفي في التعاطي. وقد نقل عن مالك أنه قال: «ينعقد البيع بما يعتقده الناس بيعاً».

وقال موفق الدين بن قدامة الحنبلي في الاستدلال الشرعي للتعاطي في كِتابه «المغني» ما نصُّه:

ويجري التعاطي عند فقهائنا في عقد البيع وما في معناه من المعاوضات كإجارة وصرف وإقالة. ومثل ذلك أيضاً عقد الصلح على مال، والقسمة، فكلها في معنى المعاوضة.

ويجري أيضاً في غير المعاوضات كالإعارة والهبة (المجلة/ ٨٠٤ و ٨٣٩) غير أنَّ الاجتهادات الإسلامية جميعاً مجمعة على عدم جريان التعاطي في عقد النكاح، لأنَّ للنكاح اعتباراً دينياً متَّصلاً بالعقيدة في طريق استحلال المتعة الزوجية لا يغني فيه عن اللفظ شيء، كما أنَّ للشرع نظراً في تمييز الزواج المشروع بين الرجل والمرأة عن العلاقة الفاجرة تمييزاً لا يجليه ويزيل الشبهة من سبيله إلا العقد اللفظي، لأنَّ التعاطي لو جرى في الزواج دون لفظ لما تجلى نوع العلاقة المقصودة فيه هل هي زواج أو مخادنة كما سلفت الإشارة إليه. (ف ٢٧/ ٦ ج).

ويدخل في اللفظ الكتابة فتعتبر في العقد بين الغائبين كالمشافهة.

ولكن اللفظ في إيجاب عقد النكاح وقبوله قد يكون حقيقة أو مجازاً: فينعقد النكاح مثلاً بلفظ الهبة، وبكل لفظ يفيد معنى التمليك المؤبد كما لو قالت المرأة للرجل مثلاً: **وهبتك نفسي على مهر قدره كذا**، فقبل الرجل بحضرة الشهود، فإنَّ النكاح ينعقد كما تقدم (ر: رد المحتار ٢/ ٢٧١)[1].

= «ولنا: أنَّ الله أحل البيع ولم يبين كيفيته. فوجب الرجوع فيه إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز. والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك. ولم ينقل عن النبي ﷺ ولا عن أصحابه، مع كثرة وقوع البيع بينهم، استعمال الإيجاب والقبول، ولو استعملوها لنقل نقلاً شائعاً، ولو كان شرطاً لوجب نقله» اهـ.

وقد أتى ابن قدامة في هذا المقام بكلام وتفقه نفيس، فلينظر في **المغني والشرح الكبير ج٤/ أول البيوع**.

* (١) قد عقد العلامة شهاب الدين القرافي المالكي في كتابه **«الفروق»** بحثاً ضافياً في الفرق بين البيع والنكاح من حيث الانعقاد بالتعاطي في الأول دون الثاني، وبين المذاهب الفقهية وأدلتها في ذلك، وقال: =

....

= **«فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها أحد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع».**
وقد أسهب القرافي في «فروقه»، وكذا صاحب «تهذيب الفروق» المطبوع على هامشه في تعليل هذا الفرق (ر: الفرق/١٥٧/ من كتاب «الفروق» ومن تهذيبه ٣/ ١٤٣ ـ ١٤٥، و/ ١٨٠ ـ ١٨٢).
أقول:
إنَّ جوهر الحكمة الشرعية في عدم جريان التعاطي في عقد النكاح يظهر من الرجوع إلى قاعدة يقررها الفقهاء هي:
«أن الإباحة والبذل إنما يجريان في الأموال لا في المتعة الجنسية».
(ر: كتاب الدعوى في رد المحتار ٢/ ٣٣٤ والبدائع ٦/ ٢٢٧).
وذلك لأنَّ الشريطة الشرعية في استحلال مال الغير هي رضى صاحبه ببذله إما مجاناً أو بعوض. فلو أباح الإنسان ماله لأحد حلَّ هذا المال للمباح له.
بخلاف ما لو أباحت المرأة نفسها لرجل، فإنَّ المتعة لا تحل بينهما بهذه الإباحة، بل هي السفاح الممنوع.
وعلى هذا الأساس كان التعاطي كافياً في عقد المعاوضة المالية؛ لأنَّ التراضي على البذل فيها هو المميِّز بين حالتي أخذ المال بالحق أو بالباطل، وإنَّ التعاطي يفيد هذا التراضي بصورة لا تقل دلالة عن لفظ الإيجاب والقبول، فيحصل به المقصود الشرعي.
أما التعاشر الاستمتاعي بين الجنسين الرجل والمرأة فإنَّ له، حالتين: إحداهما مشروعة، وهي النكاح، والأخرى جريمة ممنوعة، وهي المخادنة والسفاح.
وجميع نتائج النكاح الخطيرة في الأموال والأنساب وسائر حقوق الأسرة تثبت كلها في الحالة المشروعة، وتنتفي في الحالة الممنوعة.
ومن الواضح أنَّ الحالتين، أي الزواج والمخادنة، تشبه إحداهما الأخرى في مظهرها؛ وليس التراضي هو المميز بين الحالتين، لأنه موجود في كل منهما، وهو غير كاف في هذه المعاشرة بين الجنسين، فإنَّ التراضي إنما كان كافياً في المعاوضة المالية لأنَّ الأموال يجري فيها البذل والإباحة كما تقدَّم.
فلو جاز التعاطي في عقد الزواج ـ بأن يدفع رجل إلى امرأة مبلغاً من المال كمهر بقصد الزواج، فتتابعه دون أن يتلفظا بعقد، وتعيش معه ويتعاشرا كأزواج ـ لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على أكثر من التراضي على المعاشرة، أما قصد الزواج فلا يظهر للناظر بهذا التعاطي. وإنَّ مجرد التراضي على المعاشرة لا يكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما سَلَف بيانه، بل لا بد من ظهور التراضي على غَرَض الزواج =

٣٠/ ١١ ـ ب ـ لسان الحال:

وأما الانعقاد بلسان الحال فكما لو ترك إنسان متاعه بين يدي شخص آخر وذهب، وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتنصل من حفظه، فإنه ينعقد عقد الإيداع بينهما بدلالة الحال، فيصير الشخص الموضوع أمامه مودَعاً مكلفاً بالحفظ ومسؤولاً عنه إذا قصَّر فيه.

ولو وضع ماله أمام جماعة كذلك أصبحوا جميعاً مستودعين. فلو قاموا واحداً بعد آخر تعيَّن حفظ الوديعة على الأخير. فإذا قام وترك المال حتى ضاع فإنه يضمنه لصاحبه.

وكذا لو دخل إنسان خاناً مثلاً فسأل صاحبه: أين أربط دابتي، فأراه محلاً فربطها فيه وذهب، انعقد الإيداع دلالة، وأصبح صاحب الخان مكلَّفاً بحفظ الدابة، ومسؤولاً عن التقصير فيه. (ر: المجلة، ومرآتها، م/ ٧٧٣)[1].

٣٠/ ١٢ ـ والخلاصة أنَّ العقد في الفقه الإسلامي ارتباط إرادي، أداته الطبيعية وطريقه الأصلية اللفظ المبين.

= المشروع وتحمُّل نتائجه الشرعية. ولا يظهر هذا الغرض بصورة لا اشتباه فيها إلا بالتعبير اللفظي.

فلذلك أجمعت الاجتهادات الإسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الإيجاب والقَبول اللفظيين، كما كان عقد النكاح هو العقد الوحيد الذي أوجب فيه الشرع الإسلامي شيئاً من المراسيم الشكلية لصحته بأن اشترط فيه الإشهاد عليه، واستحسن شهره وإذاعته كي يشيع خبره وتنتفي الريبة من اجتماع الرجل والمرأة على حياة مشتركة لا يعرف أساسها ومبناها كما تقدَّم.

(١) تصرح هذه المادة/ ٧٧٣/ من المجلة، وكذا يصرِّح الفقهاء أيضاً، بانعقاد العقد في هذه الأمثلة دلالة.

وقد سمينا نحن هذا النوع من الدلالة «لسان الحال» أخذاً من فحوى كلامهم. وقسمنا عندئذ الانعقاد بالدلالة إلى قسمين: الانعقاد بالتعاطي، وبلسان الحال، كما رأيت؛ لأنَّ التعاطي الذي يذكره الفقهاء هو أيضاً نوع من الدلالة بطريق المبادلة الفعلية (ر: المجلة/ ١٧٥).

ولكن اللفظ فيه ليس مقصوداً لذاته على سبيل الشكلية في العقود، بل لأنه أفضل ترجمان عن الإِرادة بصورة واضحة.

وإنَّ الفقهاء عندما يبحثون في عقد من العقود ويذكرون الألفاظ التي تصلح لإنشائه تراهم يصرحون غالباً بأن تلك الألفاظ إنما تذكر على سبيل التمثيل، وإن للعاقدين أن يستعملوا غيرها مما يؤدي إلى المعنى المطلوب.

حتى لو بَرَز اتفاق الإرادتين عن غير طريق اللفظ انعقد العقد دلالة كما في التعاطي ولسان الحال، مما سلفت الإشارة إليه[1].

المطلب الثالث: العقود العينية

١٣/٣٠ ـ اتضح مما تقدَّم أنَّ العقد في الشرع الإسلامي يتمُّ وتثبت أحكامه بمجرد الإيجاب والقبول.

غير أنَّ هناك طائفة من العقود، لا تعتبر تامة إلا إذا حصل تسليم العين التي هي موضوع العقد، ولا يكفي فيها الإيجاب والقَبول. وتسمى هذه العقود بلغة الحقوق اليوم: **العقود العينية**، أي التي يتوقف فيها تمام الالتزام على تسليم العين، وهي خمسة عقود:

الهبة، والإعارة، والإيداع، والقرض، والرهن.

ويعلل الفقهاء اشتراط القبض لتمامها بأنها تبرُّع.

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة: **«لا يتم التبرع إلا بالقبض»** (م/ ٥٧).

فالعقد اللفظي في هذه المواضيع يعتبر قبل القبض عديم الأثر:

ففي الرهن مثلاً لا يستطيع الدائن المرتهن إجبارَ المدين على تسليم

(١) سنناقش في ملحق هذا الفصل رأياً للدكتور شفيق شحاتة حول ما سماه «اللفظية» في الفقه الإسلامي.

الرهن بموجب العقد إن لم يسلمه طوعاً. ولكن إذا سلمه تمَّ الالتزام، فلو استرده الراهن بعد ذلك بلا رضى المرتهن فلهذا أن يجبره على إعادته.

وكذا الموهوب له لا يستطيع إجبار الواهب على تسليم الموهوب.

فالتنفيذ في هذه العقود العينية هو المولِّد لآثار العقد؛ والإرادة لا تعتبر ظاهرة باللفظ وحده دون هذا التنفيذ.

على أنه يستثنى من نظرية العقود العينية هذه **عقد الوصية**، فهي هبة مضافة إلى ما بعد الموت. فبمجرد وفاة الموصي وقبول الموصى له أو عدم رده بعد الوفاة تتم الوصية ويصبح المال ملكاً له بلا حاجة إلى تسليم، لأنَّ الشخص المنشىء للوصية لم يعد يتصور منه بعد الوفاة تسليم، فبنيت الوصية على التسامح والاستثناء من القواعد القياسية في كثير من أحكامها، تسهيلاً لأعمال البر والخير.

* * *

ملحق الفصل الثلاثين

٣٠/ ١٤ ـ هل توجد شكلية «لفظية» في الفقه الإسلامي؟

يقول الأستاذ شفيق شحاتة في رسالته «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية»، تحت عنوان «**نظرية اللفظية**»، ما نصه:

«في الأصل لاشكلية في التشريع الإسلامي. فالعقد ينعقد وتنشأ الالتزامات دون حاجة إلى طقوس خاصة من حركات أو إشارات أو مراسم. ويعتبر هذا من المميزات الأساسية للتشريع الإسلامي.

ولكن هل معنى هذا أنَّ الإرادة وحدها تولِّد الالتزام في التشريع الإسلامي؟

وقد أجاب المؤلف نفسه على هذا التساؤل بأنَّ الفقهاء لا يتقيَّدون بألفاظ مخصوصة في عقد العقود، بل يسوِّغون استعمال كل لفظ يؤدي معنى العقد المقصود، ثم قال:

ويوجد في الفقه الإسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه «اللفظية»، وهو أثر من آثار ما كان يخصُّ به اللفظ من التقديس في العصور الأولى، حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها.

ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف فيما يتعلق بحكم التعاطي» (ر: الرسالة المذكورة، ف/١٢٣ ـ ١٢٧ ص/ ١٣٠ ـ ١٣٢).

أقول:

إنَّ هذا الحكم بلفظية العقد في الفقه الإسلامي وبأنها من بقايا عقيدة

التأثير السحري للألفاظ في القرون الأولى هو أشبه شيء بالخيالات!!

ونحن الذين عرفنا في الأستاذ الدكتور شفيق شحاتة جودة البحث ودقة النظر والتحليل، ونقدِّر في رسالته هذه جهداً جديداً يستحق التقدير على كل حال، نستغرب منه مزيد الاستغراب هذه الفكرة التي يغلب أن تكون قد انزلقت إليه انزلاقاً من مصدر أجنبي. لم يدرس الشريعة الإسلامية في منابعها، ولم يعرف مباني أحكامها، وإنما ينظر إليها من بعيد كما ينظر إلى شبح صرح ناء في صحراء، فيتخيله شجرة أو بقرة قبل أن يتبينه!

فأين الشكلية اللفظية في نظرية العقد الإسلامية، وقد رأينا أنَّ الفقه الإسلامي قد أقرَّ انعقاد العقود بالتعاطي إلا في عقد النكاح الذي اشترط فيه اللفظ لغرض تشريعي لا يحققه إلا اللفظ المبين عن غاية اجتماع الجنسين الرجل والمرأة، تمييزاً للغاية المشروعة عن الممنوعة، مما تقدم إيضاحه (ر: ف ٣٠/٩).

والخلاف الاجتهادي في التعاطي لم يكن على أشده ـ كما يظن الأستاذ شفيق شحاتة ـ بل كان من أيسر الخلافات الفقهية، فقد خالف فيه الشافعية أولاً لشكهم في ظهور الإرادة فيه ظهوراً بيناً، ثم انتهى متأخرو فقهائهم إلى إقراره للحاجة.

على أننا عندما نحكم على الفقه الإسلامي بحكم إنما يجب أن ننظر إلى أوسع مذاهبه في الموضوع لا إلى أضيقها، ما دام الأوسع أيضاً يمثل تمثيلاً صحيحاً نظرية الشريعة من إحدى وجهات نظرها الثابتة. وليس المذهب الاجتهادي الواحد إلا فهماً لصاحبه لا حكماً على الشريعة.

بل لقد نصَّ فقهاؤنا على انعقاد العقد بما دون التعاطي دلالة من لسان الحال، كما تقدم بيانه (ف ٣٠/١١).

فأين هذه النظرية العقدية السمحة من عقيدة **«سحر الألفاظ في العصور الأولى»؟!**

وأما أنَّ الفقه الإسلامي يعتبر اللفظ في عقد العقود أصلاً؛ وما سواه من كتابة أو إشارة أو تعاطٍ يعتبره خلفاً عن اللفظ، فلأنَّ الواقع أنَّ اللفظ هو الطريق الطبيعية في إظهار الإرادة الجازمة، ولا يزال هو الطريق الطبيعية في ذلك. وهذا لا يمنع أن تقبل طرق أخرى خلفاً عن النطق إما اضطراراً كإشارة الأخرس، أو اختياراً كالتعاطي.

حتى إنَّ الفقهاء قد بينوا صراحة في البيع أنه ينعقد بإحدى طريقتين: إما باللفظ وهو الإيجاب والقبول، وإما بالفعل دون ما لفظ، وهو التعاطي.

(ر: الدر المختار، أول البيوع).

وقد رأينا أنَّ الفقه الإسلامي لم يشترط في عقد من العقود لفظاً ولا صيغة مُعَينين، بل جعل كل عبارة، من حقيقة أو مجاز، صالحة في كل عقد متى أعربت عن معناه النوعي المقصود. وإنما رجح الفقهاء استعمال صيغة الماضي في بناء العقد ترجيحاً لا إلزاماً، لأنه أدل على الجزم والتحقق. وكل ذلك يفيد أوضح إفادة أنَّ المنظور إليه فقهاً في عملية العقد إنما هو إظهار الإرادة الجازمة ووضوح نوع العقد المراد بلا اشتباه، ليحكم بثبوت أحكامه والتزاماته بين المتعاقدين، وليس اللفظ هو المنظور إليه لذاته.

ولا يخفى أنَّ النيَّة المجردة الباطنة لا ينشأ بها فعل، وهي في حيز البطون ولو كانت عزيمة جازمة. فمن عَزَمَ الطلاق أو البيع لا يعتبر مطلِّقاً أو بائعاً، بل لا بد من وسيلة حسية تبرز الإرادة بصورة يستطيع القضاء أن يمسك بها ويبني عليها. وهذا من بديهيات الفقه والقانون (ر: رد المحتار ٤/ ١٣).

فاللفظ في كل تشريع هو تلك الوسيلة الأصلية في إخراج الإرادة إلى حيز الوجود الحسي. ولكن بعض الشرائع قد تضيف إليه مراسم شكلية صورية من حركات أو إشارات أو أفعال تقليدية مخصوصة لا يعتبر العقد منعقداً بمجرد اللفظ دونها، كما كان عند الرومانيين.

والكتابة أخت اللفظ تمتاز عليه بالثبات والضبط، وتنحطُّ عنه في الدلالة على جزم الإرادة أحياناً، لأنَّ الإنسان قد يكتب للتجربة أو للاحتياط والتهيؤ وهو متردِّد بعد في الإبرام والتنفيذ. (ر: الزيلعي ٦/٢١٨).

ولكن إيجاب الكتابة في العقود بوجه عام حرج عظيم لا سيما في الحاجات التافهة اليومية، بل قد تتعذر في محيط أو في زمن تغلب فيه الأمية. فليس من شأنها أن تكون هي الطريقة العقدية الأصلية في تشريع عام دائم يجب أن يبني على الممكنات الثابتة. فلذا بقيت الكتابة طريقة استثنائية في نظر الفقه الإسلامي تنوب عن النطق نيابة، ويترك أمرها للأزمنة والأمكنة في شرائط اعتبارها.

ولكن قد تعتبر الكتابة في بعض الشرائع هي الأصل في **إثبات** بعض العقود، ولا يخفى أنَّ الإثبات غير الانعقاد.

وقد توجب النظريات الحقوقية وبعض القوانين المدنية اليوم كتابة بعض أنواع العقود في صك لتأخذ أحكامها وتوجب التزاماتها، ولكن هذا أيضاً إيجاب شكلي استثنائي. على أنَّ الصك ليس في الحقيقة هو العقد، وإنما هو إقرار خطي بوقوعه.

على أنه إذا لم يكن النطق هو الوسيلة الأصلية في عقد العقود، وما سواه من الوسائل البيانية خلف، فأي وسيلة سواه من إشارة أو تعاط أو غيرهما أحسن إفصاحاً عن الإرادة الجازمة لتكون أولى بهذه الأصالة من النطق؟

وأي تشريع قديم أو حديث إلى اليوم يرى أنَّ الكتابة أو الإشارة أو أي وسيلة أخرى غير النطق هي الطريق الطبيعية الأصيلة في عقد العقود بوجه عام، وأن النطق فيها خلف وفرع، فلا يقبل من الإنسان شراء خبزه ولحمه وثوبه وسائر حاجاته اليومية من أسواقها بلسانه إلا استثناء؟!

فطبيعة الحال في الإعراب عن الإرادة الجازمة هي الداعية إلى اعتبار النطق أصلاً في العقود، **وليست هي عقيدة التأثير السحري للألفاظ!!**

الفصل الحادي والثلاثون

الشرائط العامة لانعقاد العقود

التميز بين الشرائط العامة والخاصة ـ الشرائط العامة السبع وإيضاحها ـ نتيجة فقدان شيء من شرائط الانعقاد.

١/٣١ ـ رأينا في الفصلين السابقين مقوِّمات العقد، وهي العاقدان، والمحل، والموضوع، والأركان؛ وألممنا بما يتصل بهذه المقوِّمات من مباحث عامة.

وكل من تلك المقوِّمات تُشترط له شرائط شرعية يجب أن تتوافر فيه ليتم تكوين العقد وانعقاده.

وشرائط الانعقاد هذه في العقود نوعان:

ـ شرائط **عامة**، وهي التي يجب أن يتوافر وجودها في كل عقد.

ـ وشرائط **خاصة**، وهي التي يشترط وجودها في بعض العقود دون سواها، فإنَّ بعض العقود قد اختصها الشرع بشرائط إضافية علاوة على الشرائط العامة، كاشتراط الشهود لانعقاد النكاح دون غيره من العقود، وكالتسليم في العقود العينية كما تقدّم، وكعدم تعليق العقد على شرط في المعاوضات والتمليكات كالبيع والهبة، فإنَّ التعليق يبطلها كما سنرى في بحث الشروط العقدية (ر: ف ٤٦/٢٦ ـ ٢٧).

فتلك الشرائط الخاصة ببعض العقود تذكر معها في أبوابها.

أما الشرائط العامة التي هي موضع بحثنا هنا فسبع شرائط، هي:

١ ـ أهلية العاقدين.

٢ ـ قابلية محل العقد لحكمه.

٣ ـ أن لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان.

٤ ـ أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به.

٥ ـ أن يكون العقد مفيداً.

٦ ـ بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول.

٧ ـ اتحاد مجلس العقد.

وإليك إيضاح هذه الشرائط فيما يلي:

٢/٣١ ـ أولاً: أهلية العاقدين:

والمراد بها أن يكون العاقدان متمتعين بالصفات التي تسوِّغ لهما شرعاً مباشرة العقد.

فمن ليس بأهل أصلاً لممارسة العقود مطلقاً، كالمجنون، والصغير غير المميز، لا ينعقد عقده.

وقد تنقص أهلية الممارسة نقصاناً ولا تكون معدومة، فحينئذ تختلف آثار نقصانها في أنواع العقود.

وسنرى تفصيل ذلك في نظرية الأهليّات التي سنفرد لها باباً خاصاً.

٣/٣١ ـ ثانياً: قابلية محل العقد لحكمه:

فلا ينعقد بيع ما ليس بمال شرعاً كالجيفة مثلاً، ولا بيع المال الموقوف، لأنَّ نتيجة البيع تمليك المال المبيع للمشتري، وإن المال الموقوف محجور عن التملك والتمليك إلا في حالات خاصة على سبيل الاَستبدال، فلا ينعقد بيعه في غيرها لعدم قابلية المحل، بخلاف الإجارة فإنَّ المال الموقوف يقبلها فتنعقد عليه.

وكذلك لا ينعقد رهن الأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات الطازجة، والجمد[1] (أي الجليد)، لأنَّ حكم الرهن احتباس المرهون لأجل استيفاء الدَّين منه عند عدم الأداء في ميعاده، وهذه الأموال لا تقبل الحفظ والاحتباس مع بقاء منافعها.

٣١/ ٤ ـ ثالثاً: أن لا يكون العقد ممنوعاً بمقتضى نص شرعي تحت طائلة البطلان:

وذلك لأنَّ العقد الممنوع شرعاً تحت طائلة البطلان يعتبر في نظر الفقهاء غير مشروع من أصله، منافياً للنظام الشرعي العام.

فلا تنعقد الهبة من مال الصغير القاصر، ولا بيعه بغبن فاحش، سواء أكان الواهب والبائع هو الصغير أو وليه أو وصيه أو القاضي نفسه بمقتضى سلطته العامة عند عدم الولي الخاص.

وذلك لأنَّ التبرع من مال الصغير لا يملكه أحد، والبيع بغبن فاحش كالتبرع. فكان هذا العقد مما ليس لأحد سلطة عقده بحسب موضوعه، فيصدر باطلاً. حتى لو بلغ الصغير فأجازه لا تعتبر إجازته، لأنَّ الباطل لا يجاز (كما سنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات)، بل عليه أن يجدِّد عقده بعد بلوغه إن شاء. والقاعدة الفقهية في ذلك:

إنَّ كل عقد يصدر، ولا يوجد من يملك حق إجازته وإنفاذه عند صدوره، يكون باطلاً. (ر: البدائع ٥/١٤٩ ـ ١٥٠).

والفقهاء يعبرون في تعليل بطلان هذا النوع من العقود: **بأنَّ الولاية الشرعية** منتفية فيه. ويقصدون بالولاية الشرعية في هذا المقام أن يكون هناك من يملك شرعاً سلطة إبرام هذا العقد **ولو كان غير الشخص الذي تولى عقده فعلاً**. فإذا لم تكن هذه الولاية بهذا المعنى متوافرة كان العقد باطلاً غير منعقد.

---

(١) الجَمْد (بفتح فسكون) الماء المتجمد من البرودة.

وهذا بخلاف **الولاية الشخصية** وهي أن يكون شخص العاقد ذا سلطة شرعية، بأن يكون مالكاً أو نائباً عن المالك كالوكيل والوصي، فإنَّ هذه الولاية الشخصية ليست شريطة انعقاد، بل ينعقد عقد الفضولي عن غيره، ولكن يكون نفاذه متوقفاً على إجازة صاحب حق التصرف الشرعي.

ويلحظ في هذا المقام أنَّ العقد الممنوع شرعاً تحت طائلة البطلان قد يعود سبب المنع فيه إلى طريقة العقد كبيع الملامسة، والمنابذة، وإلقاء الحجر، مما منعه النبي عليه الصلاة والسلام في الماضي (ر: ف ٦/٢٧)؛ أو يعود إلى محل العقد كبيع المخدرات للاستعمال المحرّم، وكالاستئجار على فعل المعاصي أو ارتكاب الجرائم؛ أو يعود إلى موضوع العقد كالتبرع من مال القاصر. فكل هذه العقود باطلة مهما كان سبب المنع الشرعي فيها بعد أن يكون المنع تحت طائلة البطلان صراحة في النص أو استنتاجاً أو قياساً[1]. وقد يعود البطلان لسبب ذي صلة بالمحل المعقود عليه أو بالعاقد، كبيع صيد الحرم وبيع صيد الشخص المحرم بحج أوعمرة ولو

---

* (١) وقد كان مثل ذلك لدينا في الأحكام القانونية، منذ العهد العثماني، العقود المنشئة للحقوق العينية على العقار من بيع أو رهن وغيرهما. فقد أوجب القانون العثماني إجراء جميع هذه العقود العقارية في دائرة المكتب العقاري وتسجيلها في سجله الرسمي تحت طائلة البطلان. فلا تعتبر العقود العقارية إذا عقدت خارج السجل العقاري ولو كتب بها صك، ولا يلزم الناكل عن تنفيذها وتسجيلها، لبطلانها.

وعلى هذا درج الاجتهاد القضائي لدينا في فهم نصوص قانون الملكية العقارية ذي الرقم/ ٣٣٣٩/ الصادر في عهد الانتداب الفرنسي سنة/ ١٩٣٠م.

غير أنَّ الهيئة الجديدة لمحكمة التمييز السورية (محكمة النقض) قد عدلت أخيراً عن الاجتهاد السابق في فهم نصوص هذا القانون الأخير فقررت أنَّ جميع هذه العقود العقارية تعتبر صحيحة في ذاتها ولو عقدت سراً، ويصح الادعاء بها وتلزم عاقدها قضاء بالتسجيل، ولكن لا تنتقل الملكية بهذا العقد بين العاقدين، ولا يسري مفعول العقد علي غيرهما إلا من تاريخ التسجيل.

(ر: القرار التمييزي الصادر في ١٨ ربيع الأول/ ١٣٦٨هـ = ١٧ كانون الثاني / ١٩٤٩م، تحت رقم/ ٣/ أساس حقوق / ٤٦).

وهذا ما أخذ به وقرره أيضاً القانون المدني السوري الذي صدر لدينا في سنة/ ١٩٤٩م خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل الفقهي.

اصطاد من خارج الحرم، فبيعه باطل كما أنَّ أكله حرام لأنه في حكم الميتة بمقتضى النص الشرعي الذي يمنع ذلك.

ومثل ذلك أيضاً في سورية اليوم كل عقد يعقد بالنقود الذهبية، فإنه باطل بعد أن منع التعاقد بها بقانون خاص[١].

وقد يعود سبب المنع لأمر خارجي عن محل العقد وموضوعه كالبيع وقت أَذان الجمعة عند من يراه من الفقهاء باطلاً للنهي القرآني عنه بقوله تعالى: ﴿.. فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ (سورة الجمعة: ٦٢/٩).

ويجب أن يلحظ أيضاً في هذا المقام أنَّ مجرَّد النهي الشرعي عن

---

* (١) هذا القانون قد صدر عن المفوض الفرنسي في ٢٦ كانون الثاني سنة ١٩٤٠ م تحت رقم/١٨ ل ر/في عهد الانتداب الفرنسي على البلاد السورية واللبنانية، ولا يزال معمولاً به إلى اليوم. فقد اعتبر التعامل بالذهب لاغياً، وأوجب في العقود السابقة أن يدفع العاقد مقابل الذهب الملتزم به ورقاً نقدياً سورياً بمعدل السعر الرسمي الذي تذيعه المفوضية الفرنسية.

وقد جاء فيه التعبير والترجمة بلفظ «التعهدات engagements» المعقودة بالذهب.

وقد تخبَّط لدينا القضاء الأجنبي الزائل والوطني الحاضر كثيراً في تطبيق هذا القانون، حتى قضى بعض الحكام بأنَّ الودائع الذهبية لا يكلف الوديع بإعادتها عيناً، بل بإعادة ما يعادلها من الورق النقدي بحسب التسعيرة الرسمية لا بسعر السوق. وبذلك يضيع على المودع أكثر من نصف قيمة الوديعة، لأنَّ التسعيرة الرسمية لقيمة الذهب بالورق النقدي السوري أقل من نصف السعر الواقعي في السوق.

وهذا خطأ، والصواب أنَّ المراد بلفظ «التعهدات» الوارد في القانون المذكور إنما هو التعهدات التي يكون تنفيذها ناقلاً للملكية، كالبيع والإجارة والصلح، حتى النكاح إذا عقد على مهر بالنقود الذهبية، وسائر المعاملات التي فيها تعهد بأداء مال يخرج من ملك ويدخل في ملك آخر.

فلا يشمل هذا عقد الإيداع بل يجب أن تعاد الوديعة الذهبية عيناً، لأنَّ التعهد بإعادتها ليس فيه نقل ملكية، بل هي واجبة الحفظ على ملكية صاحبها المودع، بدليل أنَّ القانون المذكور لم يعتبر الذهب مادة ممنوعة الاقتناء وواجبة المصادرة، بل منع التعامل به. فمن كان يحق له اقتناء الذهب وحفظه بنفسه يحق له حفظه إيداعاً بواسطة غيره، فيلزم الوديع رد عينه. وبذلك تزول بعض مظالم هذا القانون السياسي وسيئاته.

عقد من العقود، ولو بنص خاص صريح، لا يستلزم أن يكون العقد ممنوعاً تحت طائلة البطلان ما لم تقم قرينة على هذه الطائلة (الجزاء) في قصد الشارع. فمجرد النهي الشرعي عن عقد في نظر الاجتهاد الحنفي تارة يكون أثره عدم الانعقاد، وتارة يكون العقد منعقداً رغم مخالفة النص، ولكنه مختل اختلالاً يسمى «فساداً»، كما سنرى في بحث البطلان والفساد من نظرية المؤيدات التشريعية.

٣١/ ٥ ـ رابعاً: أن يستوفي العقد شرائط انعقاده الخاصة به:

بيّنا أول هذا الفصل أنَّ شرائط الانعقاد نوعان: **عامة وخاصة** (ر: ف ٣٠/ ١).

فيشترط بوجه عام لانعقاد أي عقد من العقود أن تتوافر فيه شرائط انعقاده الخاصة التي يتطلّب الشرع توافرها فيه إن كان له شرائط خاصة به مطلوبة شرعاً فيه دون غيره من العقود.

وذلك كالشهود مثلاً في عقد النكاح فإنَّ الإشهاد شريطة فيه دون غيره. فلا ينعقد النكاح إلا إذا توافرت فيه ـ إلى جانب بقية الشرائط العامة ـ هذه الشريطة الخاصة به.

وكذلك العقد العيني مثلاً، فإنه لا يتم انعقاده إلا إذا حصل فيه، علاوة على الإيجاب والقبول، تسليم الشيء محل العقد. وهلم جراً.

٣١/ ٦ ـ خامساً: كون العقد مفيداً:

فلا ينعقد الرهن مثلاً في مقابل الأمانة كما لو أخذ المودع رهناً على الوديع لقاء الوديعة، لأنَّ الوديعة أمانة غير مضمونة على الوديع فإذا هلكت بلا تعدٍ ولا تقصير منه في حفظها لا يحق لصاحبها المودع أن يستوفي قيمتها من الرهن، فكان الرهن غير مفيد.

(ر: رد المحتار في الرهن ٥/ ٣١٧وفي الوقف ٣/ ٣٦٧).

وكذا لا يعتبر، في قواعد الاجتهاد الحنفي، التعاقد بين اثنين على عدم الاشتغال في التجارة مثلاً، لأن حرية الإنسان في اختيار الوسيلة المشروعة لاكتسابه هي من النظام العام في الإسلام، وهذا العقد يمنعه من ذلك، فيكون غير مفيد.

وكذلك لا يعتبر التعاقد على عوض يأخذه أحد العاقدين لقاء أمر واجب عليه شرعاً بدون عقد، كما لو تعاقد على أخذ عوض لقاء كفه وامتناعه عن فعل جريمة، فهذا التعاقد باطل لا يستحق فيه العوض، لأنَّ الشخص ملزم شرعاً بهذا الامتناع من غير حاجة إلى عقد.

وعلى هذا يقرِّر الفقهاء في قواعد عقد الصلح أنَّ الصلح على بقاء ما هو مستحق البقاء باطل، فإذا دفع فيه بدل فللدافع استرداده.

(ر: «الفوائد البهية في القواعد الفقهية» للشيخ محمود حمزة ص ١٤٨).

ويقررون أيضاً في الإجارة أنه لا ينعقد استئجار الرجل زوجته على خدمة بيت الزوجية وإدارته بأجرة شهرية لأنَّ هذه الإدارة يوجبها الشرع عليها ديانة بحسب استطاعتها دون تعاقد[1]. وبوجه عام يقررون عدم جواز استئجار شخص للقيام بشيء من الواجبات الدينية التي يجب عليه القيام بها قبل التعاقد. وقد استثنوا من ذلك جواز الاستئجار على الأذان والإمامة وتعليم القرآن للضرورة، ولم يجيزوه على قراءة القرآن (ر: البدائع ٤/ ١٩١ ـ ١٩٢).

٣١/ ٧ ـ سادساً: بقاء الإيجاب صحيحاً إلى وقوع القبول:

فرجوع الموجب عن إيجابه قبل أن يقبل الطرف الآخر مبطل للإيجاب، فلا يعتبر القَبول بعده. وكذا وفاة الموجب أو زوال أهليته قبل القبول.

---

(١) لكن الزوجة لا تلزم بها قضاءً. وهذا مما يفترق فيه حكم القضاء عن حكم الديانة، على ما تقدم في أول هذا المدخل (ر: ف ٢/ ٤).

وهذا قد يكثر في حالات التعاقد بالكتابة بين الغائبين، فقد يرسل شخص كتاباً يتضمن إيجاب العقد من طرفه، ثم يموت أو يجن قبل وصول الكتاب، فلا يعتبر عندئذ قبول المرسل إليه عندما يصل إليه الكتاب ويقرؤه، لانهدام الإيجاب المبني عليه بوفاة الموجِبِ قبل وقوع القبول.

٨/٣١ ـ سابعاً: اتحاد مجلس العقد:

مجلس العقد هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلَيْن على التفاوض في العقد، فيلغو الإيجاب إذ انفض المجلس قبل القَبول، ولا ينعقد العقد بالقبول بعد ذلك، بل يعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً يبدأ به مجلس جديد.

ونظرية مجلس العقد هذه تحدِّد أجلاً للقبول يكون للقابل فيه حق التروّي، فيقبل في خلاله، دون اضطرار إلى القبول فور الإيجاب.

وتعليل ذلك أنَّ القبول في الأصل، من الوجهة النظرية، يجب أن يتصل بالإيجاب مباشرة وفوراً لينعقد العقد[1].

ولكن لصعوبة ذلك جعل فقهاؤنا للعقد مجلساً تعتبر ساعاته وحدة زمانية. وعن هذا قال الفقهاء: **«إنَّ المجلس يجمع المتفرقات»**.

(ر: البدائع ٥/١٣٧، والهداية أول البيوع ٥/ ٤٦٠).

ويحدَّد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الإيجاب، وتنتهي إما بالإتفاق وانعقاد العقد، وإما بافتراق الطرفين، أو بإعراض أحدهما، كما لو قام معرضاً أو اشتغل بشأن آخر.

---

(١) وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد الشافعي، فاشترط فورية القبول بعد الإيجاب ليتحقق الارتباط الشرعي. وفي هذا ضيق وحرج، ولكنه يقابله أنَّ الاجتهاد الشافعي قد أخذ بمبدأ **خيار المجلس** لكلا العاقدين بعد العقْد في البيع وأشباهه من العقود اللازمة القابلة للفسخ، فيثبت لكل من الطرفين حق فسخ العقد ما داما في اجتماعهما لم يفترقا عن المجلس، كما سيأتي (ر: ف ٤٠/ ٢).

ولا فرق بين إعراض الموجب وإعراض القابل في قطع المجلس، لأن الإيجاب وحده لا يقيد الموجب، فرجوعه قبل القبول مبطل للإيجاب[1].

فإذا كان الإيجاب بالكتاب إلى غائب فمجلس العقد إنما يبدأ منذ قراءة الغائب للكتاب؛ فإذا قبل في مجلسه تم العقد وإذا انقضى مجلسه بالإعراض بطل الإيجاب (ر: الهداية وشروحها ٥/ ٤٦١، والأشباه ج ٢ الفن الثالث ص/ ١٩٦).

على أنَّ لهذه القاعدة استثناءات:

أ ـ فإن قبول الموصى له أو رده يشترط وقوعه بعد وفاة الموصي؛ ولا يعتبر قبوله ولا رده قبل الوفاة.

ويكفي لاعتباره قابلاً بعد الوفاة أن يسكت فلا يرد الوصية. حتى لو مات بلا قبولٍ ولا ردٍ بعد وفاة الموصي كان المال الموصى به ميراثاً لورثة الموصى له استحساناً.

ب ـ وكذا في الوكالة والوقف إذا وكل غائباً؛ أو وقف على غائب، فإنه يعتبر مجلس علم الوكيل أو الموقوف عليه؛ فإذا لم يردا فيه الوكالة أو الوقف كانا مبرمين.

---

* (١) يتراءى من نصوص فقهاء المذهبين الحنفي والشافعي في تصوير مجلس العقد أنهم يعتبرون فيه عنصرين: (أحدهما) مكان العاقدين، و (الثاني) وضعهما، وهو حالة إقبال العاقدين على التفاوض. فيختلف مجلس العقد بتبدل أحد هذين العنصرين:

أ ـ فإذا تبدَّل مكان العاقدين بين الإيجاب والقبول يبطل الإيجاب فلا ينعقد العقد بالقبول بعد ذلك ولو ظلا يتفاوضان.

ب ـ وإذا انقطعت حالة التفاوض بإعراض أحدهما بعد الإيجاب لم ينعقد العقد أيضاً بالقبول بعد ذلك ولو بقيا في مكانهما.

لكننا نرى أنه لا يوجد دليل شرعي على العنصر المكاني فاقتصرنا هنا في تصوير مجلس العقد على العنصر الثاني وهو حالة التفاوض لأنه هو الأقرب إلى سماحة الشريعة ومقاصدها، وهو الذي قد تشعر به نصوص فقهاء المذهب الحنبلي إذ يصرحون بأن: «**حالة المجلس كحالة العقد**» (ر: الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٤).

٩/٣١ ـ خلاصة عن شرائط الانعقاد وشرائط الصحة:

بينا فيما سلف أنَّ هذه الشرائط السبع التي أوضحناها يتوقف على تحققها جميعاً تكوين كل عقد فهي **شرائط انعقاد عامة**.

فإذا فقدت واحدة من هذه الشرائط في عقد من العقود كانت النتيجة عدم انعقاد العقد شرعاً وإن وجدت صورته حساً؛ فيكون وجود العقد كعدمه في النظر الشرعي، فلا تترتب عليه النتائج والالتزامات التي رتبها الشرع على انعقاده.

وعندئذ يسمى العقد في اصطلاح الفقهاء: **عقداً باطلا**.

وهناك شرائط شرعية سوى هذه تسمى: **شرائط الصحة** إذا فقد شيء منها لا يبطل العقد، بل يكون منعقداً، لكنه يعتبر مختلاً في بعض النواحي الفرعية منه غير الأساسية. وذلك كجهالة أحد البدلين في عقد البيع، أو جهالة الأجل المشروط لبعض الالتزامات في العقد كما لو تبايع اثنان دون تحديد الثمن، أو تبايعا بثمن مؤجَّل دون تحديد الأجل، إذ يوقع تنفيذ مثل هذا العقد في نزاع مشكل بين الطرفين يتعذَّر على القضاء حله، لأنَّ الجهالة حجة لكل من الطرفين في التمسك بالأكثر أو بالأقل، على حسب مصلحته.

وعندئذ يكون العقد بنحو هذا الاختلال مستوجباً للفسخ، ويسمى، **عقداً فاسداً**، في نظر الاجتهاد الحنفي.

وشرائط الصحة معظمها شرائط خاصة يشترط منها في كل عقد ما لا يشترط في غيره. وإن فهم مبانيها إجمالاً يتوقف على إيضاح فكرة الفساد ونتائجه مما سنراه في نظرية المؤيِّدات الشرعية، فلذا لم نتعرض هنا لبحث شيء من شرائط الصحة.

على أنَّ معظم الاجتهادات الإسلامية، سوى الاجتهاد الحنفي، لم تفرِّق بين البطلان والفساد؛ فتعتبر العقد بين حالتين فقط: إما منعقداً صحيحاً، وإما باطلاً غير منعقد.

الفصل الثاني والثلاثون

الإرادة العقدية

المبحث الأول: أقسام الإرادة

الإرادة الظاهرة ـ الإرادة الحقيقية الباطنة.

٣٢/ ١ ـ تنقسم الإرادة إلى قسمين: **حقيقية، وظاهرة.**

فأما الإرادة الحقيقية فهي الإرادة الباطنة التي لا يُطَّلع عليها.

وأما الإرادة الظاهرة فهي التي تبرز بالتعبير أو ما يقوم مقامه كالتعاطي.

٣٢/ ٢ ـ أ: الإرادة الباطنة الحقيقية:

فالإرادة الباطنة وحدها لا تقوم مقام الأفعال والإنشاءات. فلا ينعقد بمجرد النية عقد ولو تصادق الطرفان على وجود نيتهما. ومن نوى طلاقاً أو وقفاً مثلاً لا يصبح بمجرد نيته وعزيمته مطلِّقاً ولا واقفاً. فكل ما كان فعلاً لا يتمُّ بمجرد النية.

ولكن للنية تأثيراً توجيهياً معتبراً شرعاً في وصف ما تصاحبه، فإذا صاحبت فعلاً أو تركاً صبغته بصبغة وأكسبته صفة يترتب عليها حكم مدني مخصوص في نظر الشريعة[1] (ر: الأشباه والنظائر، الفن الأول، ص/ ٤٣).

---

(١) مثال ذلك أنَّ نية التملك في إحراز المباحات تجعل الإحراز مُكِسباً للملكية. وفي أحكام الضمان قالوا: إنَّ الوديع إذا استعمل الوديعة المؤتَمن على حفظها اعتبر معتدياً عليها فيضمنها إذا تلفت كالغاصب. فإذا تركها وأعادها إلى الحفظ ناوياً أن يعود إلى =

وعلى هذا فإنَّ السكوت لا يعتبر في الأصل قبولاً، وكان من القواعد أنه: **لا ينسب إلى ساكت قول** (المجلة/ ٦٧).

وإذا كان الفقهاء قد انتهوا إلى تصحيح التعاقد في بعض الأحوال دون ما لفظ فما ذلك منهم إلا بعد الاستيثاق من وجود عمل ظاهري أو قرينة تقوم مقام اللفظ؛ كما في بيع التعاطي الآنف الشرح، فإنَّ فيه فعلاً تنفيذياً قام مقام اللفظ؛ وكما في تجدد عقد الإجارة بالسكوت إذا عقد الطرفان الإيجار **كل شهر بأجرة معينة**، حيث ينعقد على شهر واحد؛ ثم كلما دخل شهر جديد، وهما ساكتان دون فسخ، تجدَّدت الإِجارة بينهما.

ولو أنذر المؤجرُ المستأجرَ بزيادة الأجر اعتباراً من الشهر القادم فاستمر في السكنى حتى دخل الشهر وهو ساكت اعتبر قبولاً، ولزمته الأجرة الزائدة (م/ ٤٣٨ و ٤٩٤)[1].

وكذا سكوت الفتاة البكر إذا استأمرها ـ أي استأذنها ـ وليها في عقد نكاحها، إذ يعتبر سكوتها إذناً وتوكيلاً بالعقد استناداً إلى دلالة العادة والعرف، لأنَّ المعتاد من أمثالها الاستحياء عن إظهار الرغبة لا عن الرفض.

والقاعدة في السكوت أنه لا أثر له إلا في أنواع من الإسقاطات، كسقوط حق الشفعة بالسكوت عن الطلب، وسقوط خيار البلوغ بسكوت الفتاة عن فسخ النكاح، كما يعرف في مواضعه.

٣٢/ ٣ ـ ب: الإرادة الظاهرة:

وأما الإرادة الظاهرة، وهي التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام أو بفعل صادر

= استعمالها يبقى غاصباً ضامناً لها إذا تلفت، ولو كان تلفها بدون صنعه أو تقصيره.
وأما إذا تركها وحفظها بنية الكف عن استعمالها فإنه تزول عنه صفة التعدي ويعود أميناً، فلا يضمنها إذا تلفت.
وفي الجنايات تعتبر النية هي الأساس الشرعي في تمييز العمد من الخطأ، ويجري فيها تحكيم القرائن (ر: المجلة/ ٢ وشروحها).

(١) هذا مقيَّد لدينا اليوم بقوانين تمديد عقود الإيجار التي تمنع المؤجر من حق التخلية أو زيادة الأجرة عن النسبة التي عيَّنها القانون، فلا يُعتبر اليوم هذا السكوت قبولاً ملزماً.

عن المتعاقد المختار، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة، ما دامت تلك الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها، فتبقى الإرادة الظاهرة هي المنفردة في ميدان البيان؛ فتكون دليلاً كافياً على وجود الإرادة الحقيقية، وتثبت أحكام العقد بهذه الإرادة الظاهرة التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل انعقاد العقد، وفي تحديد حدوده وقيوده الالتزامية.

ويعدُّ من الإرادة الظاهرة في حدود العقد وقيوده ما دلت عليه قرائن الحال، أو عرف الناس وعاداتهم، لأنَّ للقرائن والأعراف دلالات إضافية ملحوظة يعتمد عليها المتعاقدان ويستغنيان بها عن التعبير والتصريح؛ فيجب أن تعتبر دلالتها كالتعبير، ولذا كان لها في نظر فقهاء الشريعة أثر بعيد المدى في تفسير العقد وتحديد حدوده والتزاماته، وكان من القواعد الفقهية المقررة أنَّ: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» (ر: ف ٦/ ٥).

ـ فعقد البيع الذي لم يبين فيه توابع المبيع يدخل فيه ما دلت الحال على دخوله.

ففي بيع البقرة الحلوب مثلاً يدخل، بلا ذكر في العقد، فِلْوها المحضر معها إلى محل البيع.

ـ وعقد الإجارة إذا لم يبين فيه مبدأ مدة الإجارة تعتبر المدة من تاريخ العقد.

ـ والتوكيل بالشراء يتقيّد الوكيل فيه بثمن المثل.

ـ وتوكيل الحمّال غيره بشراء دابة يقع على دواب الحمل لا دواب الركوب.

ـ وعقد البيع والإجارة ونحوهما إذا لم يبيَّن فيه كيفية دفع البدل، وكانت عادة الناس فيه التقسيط، كان البدل مقسطاً على حسب عادتهم؛ وهلمَّ جراً. . .

وذلك لأنَّ الإرادة الحقيقية في جميع ذلك وأمثاله تعتبر، بدلالة القرينة أو العرف، ظاهرةً غير باقية في حيز البطون والخفاء؛ وإنَّ استيعاب الحدود والقيود عسير، فيفترض فيه اعتماد العاقد على القرينة أو العرف.

المبحث الثاني:
خفاء الإرادة الحقيقية، وانتفاؤها، والاشتباه فيها

الفرق بين خفاء الإرادة الحقيقية وانتفائها والاشتباه فيها ونتائج ذلك:

أولاً: نظرية صورية العقود: المواضعة أو التلجئة ـ المواضعة في البدل ـ المواضعة في الشخص، أو قضية «الاسم المستعار» ـ الهزل.

ثانياً: نظرية شوائب الإرادة أو عيوب الرضا.

٤/٣٢ ـ إنَّ عمل الإرادة الظاهرة في انعقاد العقد، وإن لم يحتج فيه إلى البحث عن وجود الإرادة الباطنة الحقيقية، يتوقف تأثيره إذا ظهر معه انتفاء هذه الإرادة الحقيقية؛ لأنَّ الإرادة الحقيقية لم تبق مستورة في حيِّز الخَفَاء، والإرادة الظاهرة هي المنفردة في التعبير عنها، بل برزت أدلة أخرى تعارض دلالة الإرادة الظاهرة وتثبت انتفاء الإرادة الحقيقية أو الاشتباه والارتياب فيها.

فيجب أن يلاحظ الفرق في هذا المقام بين ثلاث حالات:

١ ـ خفاء الإرادة الحقيقية ٢ ـ وانتفائها ٣ ـ والاشتباه فيها.

ـ فخفاؤها لا عبرة له، لأنَّ الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول قامت مقامها.

ـ وأما انتفاؤها فيفيد أنَّ الإيجاب والقَبول لم يعبرا تعبيراً صادقاً عن القصد إلى العقد.

ـ وأما الاشتباه فيها فهو حد وسط بين الخفاء والانتفاء عندما تكون الإرادة الحقيقية مفروضة الوجود ولا دليل على انتفائها، ولكنها مشوبة بعلة

مؤثِّرة تجعلنا في شك من موقف العاقد في الإقدام على العقد لولا تأثر إرادته بذلك المؤثر.

وبناء على الحالتين الأخيرتين (انتفاء الإرادة العَقدية، والاشتباه فيها) تولَّدت نظريتان:

- **نظرية صورية العقود.**
- **ونظرية شوائب الإرادة، أو عيوب الرضا:**

أ ـ فإذا كان اتفاق الطرفين في العقد ظاهرياً فقط، وتحقَّق انتفاء الإرادة الحقيقية في أصل العقد، كان **العقد صورياً** أي ان فيه مظهر العقد وصورته فقط لا حقيقته وجوهره.

ب ـ وإذا كانت الإرادة الحقيقية لم يتحقق انتفاؤها؛ وإنما وجد ما يجلعنا في شبهة وشك من أمرها كان العقد صحيحاً، ولكن في ركنه علة قادحة تُضعف الرابطة العقدية، وتسمى في الاصطلاح القانوني **عيوب الرضا.**

وسنعرض أحوال صورية العقود في الفصل ٣٣، أما عيوب الرضا، أو شوائب الإرادة وأحكامها فنفرضها تباعاً في الفصول اللاحقة:

- الإكراه، في الفصل ٣٤.
- الخلابة، في الفصل ٣٥.
- الغلط، في الفصل ٣٦.
- عيوب الرضا الطارئة بسبب اختلال التنفيذ، في الفصل ٣٧.

الفصل الثالث والثلاثون

صورية العقود

٣٣/ ١ ـ تتجلى صورية العقود في حالتين:

١ ـ حالة المواضعة أو التلجئة ٢ ـ وحالة الهزل.

المبحث الأول: المواضعة

فأما المواضعة فهي أن يتفق المتعاقدان سراً على خلاف ما سيعلنان وتحتها ثلاث صور وهي: المواضعة في أصل العقد، وفي البدل، وفي الشخص.

٣٣/ ٢ ـ أ: المواضعة في أصل العقد:

هي أن يتواطأ المتعاقدان ويتفقا سراً قبل العقد على أنهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط، إيهاماً لغيرهما، دون أن يكون في الواقع منعقداً بينهما، وذلك لمأرب لهما أو لأحدهما فيما يعلنان من العقد الكاذب.

وكثيراً ما يحصل هذا من المدينين، إذ يبيعون أموالهم مواضعة لتهريبها من وجه الدائنين، أو يعقدون مداينات وقروضاً صورية على أنفسهم لبعض أخصائهم أو أقاربهم ليزاحموا الدائنين الحقيقيين في اقتسام مال المدين المفلس، ثم يعيدونه سراً إلى المدين الذي تواطؤوا معه على المداينة الكاذبة.

وقد يكون الباعث على المواضعة الخوف من جَوْر سلطان ظالم أو

غاصب متسلِّط، ولا سيما في الأماكن أو العصور التي يسود فيها الاستبداد ويضعف سلطان القضاء فيلتجىء صاحب المال إلى غيره ويتفق معه على أن يبيعه إياه بيعاً ظاهرياً غير حقيقي.

وقد تكون المواضعة واردة على الإقرار بمبلغ أو بعقد لا على إنشاء العقد، فيقرر المورث مثلاً لبعض ورثته بدين أو بعقد ليكون ذلك وسيلة وذريعة لتفضيله في النصيب الإِرثي على غيره من الورثة.

ولما في المواضعة من تواطؤ سري بين الطرفين تسمى: **مواطأة أو تواطؤاً**. ولما فيها من التجاء الشخص إلى غيره بهذا التعاقد، ليتخذ من العقد الصوري معه ستاراً ظاهرياً خوفاً من غاصب أو ظالم تسمى أيضاً في هذه الحال: **تلجئة**.

فهذا النوع من المواضعة، سواء أكان متعلقاً بإنشاء العقد أو بالإقرار به، يجعل العقد والإقرار به باطلين في الواقع، وإن كانا قائمين في الظاهر، وذلك لانتفاء الإرادة الحقيقية من أصل العقد أو الإقرار.

وعند الاختلاف في أنَّ العقد أو الإقرار مواضعة أو حقيقة يعتبر حقيقياً، ويؤخذ قضاء بقول من يتمسك به حتى يثبت الطرف الآخر المواضعة.

ولكل من الطرفين أن يدعي المواضعة ويثبتها، أو أن يطلب تحليف خصمه على نفيها.

وللشخص الثالث المتضرِّر من المواضعة كالدائن أو الوارث أن يدَّعي أيضاً بها ويثبتها، أو يطلب التحليف على نفيها، توصُّلاً إلى إثبات بطلان العقد أو الإقرار الصوريين.

(ر: البدائع ٥/١٧٦ ـ ١٧٧، وتنقيح الفتاوى الحامدية، ١/ ٢٣٠).

٣/٣٣ ـ ب: المواضعة في البدل:

وقد تكون المواضعة إنما تهدف إلى مقدار البدل المتعاقدَ عليه دون أصل العقد. وعندئذ لا تبطل المواضعة العقد، بل ينحصر تأثيرها في تعديل البدل الظاهر واعتبار ما جرت عليه المواضعة في السر.

فقد يتواضع الطرفان على بدل في السر أقل مما يتعاقدان عليه علناً، وهذا كثير الوقوع في عقود الأنكحة ابتغاء الشهرة والسمعة بالمهر الكثير[1].

وكثيراً ما كان الناس يلجؤون إلى ذلك في بيع العقار احتيالاً لمنع صاحب الشفعة فيه من أن يطلب أخذه بالشفعة عندما يرى ثمنه غالياً.

ولكن هذه الطريقة قد زالت اليوم من أساليب الناس في بلادنا منذ صدور قانون الملكية العقارية ذي الرقم/ ٣٣٣٩/ الذي تنص المادة/ ٢٥١/ منه على أنه عند اختلاف الشفيع ومشتري العقار في الثمن الحقيقي الذي وقع به الشراء يتولى القاضي تحديد القيمة بواسطة خبراء[2].

وقد يتواضع المتعاقدان على بَدَل في السر أكثر مما يعلنان، ويحصل

---

(١) قد فشت في بلادنا هذه العادة السيئة في عقود النكاح، فيعقدون على مهور غالية وهم متفقون على مهور سرية معتدلة أقل مما يعلنونه في العقد رياء وسمعة، وإنَّ أهالي الزوجات مندفعون إلى ذلك بعاملين:

- عامل الرغبة في التساهل مع الرجل الكفء الخاطب.
- وعامل الرغبة في سمعة غلاء المهر باعتبار أنه من مظاهر الشرف!!

وهذا في الحقيقة من فساد المقاييس الاجتماعية والعقلية، فإنَّ التساهل في المهور إذا كان مطلوباً شرعياً وعقلياً واجتماعياً لتسهيل الزواج وإزالة العراقيل من سبيله، فمن الواجب إعلانه ليقتدي الناس بعضهم ببعض في تخفيض مهور النساء، ويألفوه ولا يجدوا حرجاً في ترك تقاليدهم الفاسدة الفارغة، ويصبح التباهي والتشرف بهذا التساهل في المهور لا في التغالي، ليكون المنظور إليه إنما هو مزايا الزوج وفضائله لا كثرة ماله.

وإن عادة المواضعة هذه في مهور السمعة كثيراً ما تنشأ عنها مشكلات قضائية تربك المحاكم في الإثباتات عند الاختلاف في حقيقة المهر بوفاة أحد الزوجين أو بوقوع الطلاق.

(٢) سبقت الإشارة إلى أن حق الشفعة قد ألغاه القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل، فلم يبق لدينا مجال لتطبيق هذا الحكم (ر: ف ٢٣/ ٧ الحاشية).

ذلك في بيع العقار بغية تخفيف رسوم الانتقال المطروحة على أساس البدل.

ففي جميع صور المواضعة على مقدار البدل يعتبر بدل السر المتواضع عليه إذا صَرَّح الطرفان عند المواضعة بأنَّ البدل الذي سيذكر في العقد هو بَدَلٌ صوري لا عبرة له.

وأما إذا لم يصرِّحا بذلك عند المواضعة فالعبرة للبدل المتعاقد عليه علناً، لأنه هو الأصل الظاهر الاعتبار، إذ كثيراً ما يتفاوَضُ الطرفان على بدل، ثم يتغيَّر رأيهما فيتفقان في العقد على خلافه، فلا يبطل اعتبار مقدار البدل الظاهر في العقد إلا إذا كانا قد صرحا في المواضعة بعدم اعتباره (ر: البدائع ٥/ ١٧٧)[1].

* (١) الشروط المتفق عليها قبل العقد إذا لم يصرح بها بعد ذلك حين التعاقد ففي سريانها على العقد اختلاف الاجتهادات. والأصل في الاجتهاد الحنبلي سريانها. قال شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابه: «قاعدة العقود»:

«إنَّ أصل المذهب أنَّ الشروط المتقدِّمة على العقد كالمقارنة له، فإذا تواطآ ثم عقدا العقد مطلقاً حمل على ما تواطآ عليه. وإذا غيَّر أحدهما نيته كان قد عقد على خلاف ما شرط عليه. وهذا غدر ونكث لا يلزم معه العقد» (ر: «قاعدة العقود» ص / ٢٠٤/ الطبعة الأولى، مطبعة السنة المحمدية).

ونلفت النظر بهذه المناسبة إلى أنَّ هذا الكتاب **«قاعدة العقود»** لابن تيمية قد نقلنا عن نسخة مخطوطة منه في الطبعة الثالثة من كتابنا هذا «المدخل الفقهي» في غير هذا الموضع.

ثم طبع هذا الكتاب بعد ذلك في مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٨ هـ = ١٩٤٩ م بمساعي وإشراف الأستاذ الشيخ محمد حامد الفقي. ولكن هذا الأستاذ الناشر قد غيَّر اسم الكتاب فسماه **«نظرية العقد»** لابن تيمية وقدَّم له مقدمة تشعر بأنه قد غيَّر اسمه لأنَّ موضوعه هو ما يسميه علماء القانون من الإفرنج: **«نظرية العقد»**.

وقد عزونا نحن الآن إلى النسخة المطبوعة باسمها الأصلي لأننا لا نقرُّ للأستاذ الناشر هذا التغيير في اسم الكتاب، إذ لا يجوز له ذلك لأسباب معلومة غنية عن البيان رغم مساعيه المشكورة في طبعه ونشره.

٣٣/ ٤ ـ ج: المواضعة في الشخص، أو قضية «الاسم المستعار».

وقد تكون الصورية المواضع عليها في الشخص المتعاقد لا في أصل العقد، وذلك كما في الشخص المسخَّر الذي يتعاقد ويعمل ويكتب باسمه لمصلحته الشخصية في الظاهر، ولمصلحة غيره في الباطن، ثم يعلن أنَّ كل عقوده وأملاكه أو بعضها هي في الواقع لذلك الغير، وأن اسمه فيها مستعار عن اسمه، وهي قضية: **الاسم المستعار.**

فالمواضعة هنا إنما هي بين العامل باسمه ظاهراً، ومن يعمل لمصلحته باطناً، فهي من قبيل الوكالة السرية يتواطأ الطرفان على إخفائها، وظهور الوكيل بمظهر الأصيل.

فعندئذ يحل الشخص الحقيقي محل الشخص الصُّوري، أي يحل المستعار له الاسم محل المعير، فتكون ثمرات العقود والاكتسابات للمستعار له، ضمن حدود وقيود شرعية وقانونية ترى في محلاتها، لصيانة حقوق الأشخاص الآخرين، خوفاً من أن يتخذ إعلان عارية الاسم وسيلة لتهريب المال من بين يدي من تعلَّق به حقهم؛ كما لو أقرَّ بذلك المريض مرض الموت، أو المفلس.

وقد تناولت المجلة مسألة الاسم المستعار وبيَّنت حكمها إجمالاً في الفصل الثاني من كتاب الإقرار (المجلة/ ١٥٩١ ـ ١٥٩٣).

المبحث الثاني: الهزل

٣٣/ ٥ ـ الهزل ضد الجِد (بكسر الجيم)، وهو كلام العابث اللاعب، أو المستهزىء الذي لا يقصد أن تترتب على كلامه أحكامه وآثاره الشرعية.

ويتحقق الهزل في التصرفات القولية بأحد طرق:

ـ إما بتصريح مقارِن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول مثلاً: إني أبيع، أو أهب، أو أعير، هازلاً.

ـ وإما بمواضعة سابقة، بأن يتواضع الطرفان على أنَّ العقد الذي

سيعقدانه هو هَزْل أو لعب لا يراد حكمه، ثم يعقدا متفاهمين على هذا الأساس.

- وإما بقرائن الحال التي تدل على أنَّ المتكلم هازل أو مستهزىء. فالهازل، وإن كان يتكلم بصيغة العقد بإرادته ورضاه، هو عابث لا يريد الحكم، بل يأباه.

ولذا يعتبر العقد بالهزل عقداً صورياً باطلاً غير منعقد، فلا يترتَّب عليه حكم أصلاً. فلو كان بيعاً لا يفيد انتقال ملكية المبيع ولو قبضه المشتري، لانتفاء الإرادة الحقيقية منه(١).

والظاهر من عبارات الفقهاء، أنه عند الاختلاف بين العاقدين في كون العقد هزلاً أو جِداً فالقول لمن يتمسك بالجِد لأنه الأصل في الكلام؛ ومن القواعد أنَّ **«إعمال الكلام أولى من إهماله»**؛ وللطرف الآخر إثبات الهزل، كما تقدَّم بيانه في المواضعة، لأنَّ الهزل والمواضعة أخوان.

٦/٣٣ - هذا، وإنَّ الصورية لباس يمكن أن تلبسه جميع العقود والتصرُّفات القولية، فتفقد به اعتبارها وأحكامها، إلا في ثلاثة مواطن لم يقبل التشريع الإسلامي فيها صورية، بل أعطى فيها التصرُّف القولي الظاهر

---

* (١) اختلف النظر الفقهي في عقد الهازل:

- فقيل هو منعقد فاسد، لكنه لا يترتَّب عليه حكم، فالمشتري الهازل لا يملك المبيع بالقبض. والمستعير الهازل لا يجوز له الانتفاع بالعارية، وهكذا.

- وقيل هو باطل غير منعقد، لانتفاء الإرادة فيه، بالنسبة إلى أصل العقد، بدليل أنه لا يترتب عليه حكم باتفاق آراء الفقهاء، وهذه نتيجة البطلان.

والمحققون من فقهائنا على هذا الرأي الثاني، فهم يذكرون في شتى المناسبات أنَّ عقد الهازل باطل غير منعقد.

(ر: البدائع ١٧٦/٥، وفتح القدير للكمال بن الهمام ٤٥٩/٥ ورد المحتار ٧/٤).

وهذا هو الرأي الأوجه بالنظر إلى المبادىء العامة التي أثبتناها عن الإرادة العقدية وأقسامها وأحكامها، فلذا رجحنا هذا البناء على اعتباره باطلاً، وعددناه في العقود الصورية.

نتائجه كاملة، دون نظر إلى الإرادة الحقيقية. وهذه المستثنيات الثلاثة هي: **النكاح، والطلاق، والعَتاق**، لقول الرسول ﷺ:

«ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ، وهَزْلُهنَّ جِدٌّ: النكاح والطلاق والعَتاق»[1].

فعقد النكاح الجاري بالهزل أو بالمواضعة على صوريته يصح وينتج نتائجه بين المتعاقدين، فيحل المتعة بينهما، ويلزمهما بوجائبه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤) وابن ماجه (٢٠٣٩) من حديث أبي هريرة. وقال الترمذي: «حديث حسن غريب». وقال الحاكم ٢/١٩٨: صحيح الإسناد، ورده الذهبي بقوله: فيه لين. وذكر الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٢٩٤ في معناه أحاديث أخرى وآثاراً عن الصحابة تدل على ثبوته وقوته.



الفصل الرابع والثلاثون

عيوب الرضا ـ الإكراه

٣٤/ ١ ـ تمهيد:

نريد بشوائب الإرادة أو عيوب الرضا، كما سلفت الإشارة إليه، حالات لا يحكم معها بانتفاء الإرادة العقدية الحقيقية، كما لا يحكم معها بسلامة هذه الإرادة من كل شائبة؛ بل يوجد آفة أصابت إرادة العاقد، ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحاً كاملاً ملزماً.

وهذه الشوائب في نظر الفقه الإسلامي:

ـ إما أن تنشأ عن سبب قد رافق **ولادة الإرادة**، وأثَّر في تكوينها أو في توجيهها منذ البداية تأثيراً فاسداً، كالوليد الذي يولد مشوَّه الخلقة، كما يرى في حالة الإكراه على التعاقد.

ـ وإما أن تنشأ أحياناً عن سبب «طارىء» غير ملحوظ عند التعاقد يؤدي إلى اختلال في تنفيذ العقد، فتعتبر الإرادة معه معيبة مَؤُوفة[1] **لأنه لم يتحقق التراضي على أساسه**، كما في حالة تلف بعض المبيع قبل التسليم، فيختل رضا المشتري بالباقي وحده بحصته من الثمن، وهي الحالة التي سنراها تحت عنوان: **تفرق الصفقة**.

فالسبب الطارىء على الإرادة التي ولدت سليمة هو في مثل هذه الحال يرجع على الإرادة ويعيبها كالسبب المرافق لولادتها[2].

---

(١) **مؤوفة**، بفتح فضم على صيغة المفعول، أي مصابة بآفة.

(٢) في الفقه الأجنبي لا يعتبر عيباً للإرادة إلا ما كان مرافقاً لها منذ تكوينها.

وهذه الشوائب التي تسمى في الاصطلاح القانوني الحديث: **عيوب الرضا**، ترجع جميع صورها إلى أربع حالات عامة هي:

الإكراه، والخلابة، والغلط، واختلال التنفيذ.

وبعض هذه الحالات يعتبر أصلاً تتفرع منه فروع عديدة.

ويمكننا تصنيف عيوب الرضا هذه إلى صنفين:

- **الصنف الأول**: العيوب المرافقة لتكوين العقد، وهي الثلاثة الأول: الإكراه، والخلابة. والغلط.

- **الصنف الثاني**: ما ينشأ من عيوب الرضا بسبب طارىء بعد تكوين العقد لكنه ذو تأثير في الرضا السابق، وهو العيب الرابع: اختلال التنفيذ.

وعيوب الرضا إجمالاً ذات نتيجة مشتركة بينها جميعاً هي أنها تجعل العقد قابلاً للإبطال بطلب من عيب رضاه بأحد هذه العيوب. لكن يشترط في كل منها بعض الشرائط لكي يكون عيباً مؤثراً في الرضا ومؤدياً إلى هذه النتيجة، وقد تختلف هذه الشرائط بين بعضها وبعض.

وسنتولى في المباحث التالية تفصيل هذه العيوب بصنفيها وتفاريعها، وتلخيص أحكامها:

الإكراه(١)

٢/٣٤ ـ إنَّ الإكراه أهم عيوب الرضا في الفقه الإسلامي، لأنه يأسر الإرادة ويقسرها مباشرة. والفقهاء يفردون له كتاباً خاصاً، وأحكاماً وآثاراً مفصَّلة، بالنسبة إلى العقود وإلى سائر التصرفات القولية والفعلية، من مدنية

---

(١) نظراً لاتحاد الرسم الكتابي بين اسم الفاعل واسم المفعول من الإكراه وهو «مكره» (بكسر الراء في الفاعل وفتحها في المفعول). ومنعاً لاشتباه النطق على القارىء كي لا يحتاج إلى الاعتماد على المعنى في التمييز بينهما، قد التزمت في هذا الكتاب أن آخذ اسم الفاعل من «الإكراه» واسم المفعول من «الاستكراه» فنقول في الفاعل «مكرِه» (بكسر الراء) وفي المفعول «مستكرَه» (بفتح الراء) اقتباساً من الحديث النبويّ القائل: «إنَّ الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وقد تقدَّم ذكره (ر: ف ٢/١٠).

وجزائية ودينية. والذي يهمنا منه هنا بالدرجة الأولى ما يتعلّق بأثره في العقود.

وقبل بيان أحكامه يحسن إيضاح معنى كلمات ثلاث قد بنيت أحكام الإكراه على حدود معانيها وجوداً وعدماً. وتلك الكلمات الثلاث هي: الإرادة، والاختيار، والرضا:

ـ فالإرادة هي مجرد اعتزام الفعل، والاتجاه إليه.

ـ أما الاختيار فمعناه التمكن من ترجيح فعل الشيء أو تركه.

ـ وأما الرضا فهو الرغبة في الفعل، والارتياح إليه.

إنَّ جميع الأفعال الصادرة من الإنسان لا تصدر منه إلا عن إرادة واختيار. فيعتبر المرء مريداً لفعله متى اعتزمه واتجه إليه. وكذا يعتبر مختاراً فيه ما دام متمكناً أن يمتنع عنه ولو أنه سيلحقه من جراء هذا الامتناع ضرر عظيم، لأنه لم يقدم على الفعل إلا وقد رجَّحه على الامتناع اجتناباً للضرر، وقد كان في إمكانه أن يمتنع ويتلقى الضرر.

ولكن الاختيار قد يكون **صحيحاً سليماً**، وذلك إذا كان الفعل منبعثاً عن إرادة حرة؛ وقد يكون الاختيار الموجود **فاسداً غير سليم**، وذلك إذا كان ترجيحاً لأهون شرين أو ضررين. ففي هذه الحال يكون الاختيار موجوداً، والرضا مفقوداً[1]. فيتضح من ذلك:

أ ـ أنَّ الإرادة أعم هذه الأحوال.

ب ـ وأنَّ الاختيار هو مرتبة أخص من الإرادة؛ لأنَّ المريد يكون متمكناً من خلاف ما يريد أو غير متمكن، أي قد يكون مختاراً أو مجبراً.

---

* (١) قال في التوضيح وشرحه (٢/١٩٦) ما نصه: «وحقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم، بترجيح أحد جانبيه على الآخر. فإن استقل الفاعل في قصده فاختياره صحيح، وإلا ففاسد».

ج ـ وإن الرضا مرتبة أخص من الاختيار، لأنَّ الإنسان قد يأتي الفعل مختاراً، أي متمكناً من عدمه، ولكنه غير راضٍ به، أي غير راغب فيه مرتاح إليه، كمن يقاتل دفاعاً عن نفسه لا رغبة في القتال[1]:

ـ فمن دخل الجندية مثلاً في زمننا هذا طائعاً عندما جاء دوره في نظام إجباري لا يقبل فيه من الرعايا المكلفين بدل مالي عنها فهو مريد لهذا الدخول غير مختار فيه.

ـ فإذا كان البدل المالي مقبولاً منه عنها، فرجح أن يدفعه دونها وهو كاره فهو في دفعه مريد ومختار، لكنه فاسد الاختيار.

ـ فإن تطوع في دخول الجندية في نظام غير إجباري أو تطوّع في دخولها ثانية بعدما أداها في نظام إجباري، رغبة في زيادة أداء الواجب فهو مريد مختار راضٍ.

٣/٣٤ ـ تعريف الإكراه وتقسيمه:

بعد هذه الملاحظة الإيضاحية نستطيع تعريف الإكراه بأنه: **هو الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية، أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك.**

يتبيَّن من هذا التعريف ملاحظتان:

١ ـ أن للإكراه صورتين: إما أن يكره شخص شخصاً آخر بفعل مضر يوقعه به، فيلتمس المستكرَه الخلاص عن طريق الاستجابة لما يطلب منه فعله **رفعاً للضرر الواقع.**

وإما أن يهدده تهديداً بإيقاع هذا الضرر به إن لم يفعل. فيطيع عندئذ تحت تأثير الرهبة **دفعاً للضرر المتوقع** في حالة الامتناع.

ويشترط الفقهاء في صورة الإكراه بالتهديد أن يكون من يقوم بالتهديد

---

(١) ر: «أصول الفقه» للشيخ محمد الخضري ص /١٢٧/ الطبعة الأولى، و «كشف الأسرار» (٤/٣٨٢) وما بعدها، وكليات أبي البقاء مادة **(الإرادة)**.

قادراً على التنفيذ، وإلا لم يكن هناك رهبة، وفي النتيجة لا إكراه.

والصورة الأولى (حالة الإيقاع) يسميها القانونيون **إكراهاً حسيّاً**، والثانية (حالة التهديد) يسمونها: **إكراهاً نفسياً**. وهي تسمية حسنة.

٢ ـ إن الأمر المستكره عليه قد يكون إيجابياً أو سلبياً، أي فعلاً أو تركاً:

ـ فمثال الفعل: الإكراه على إجراء عقد.

ـ ومثال الترك: إكراه شخص على عدم فسخ بيع مشروط له فيه الخيار إلى مدة محدودة حتى مضت مدة الخيار.

ثم إنَّ الإكراه، بالنظر إلى شدته ودرجة تأثيره بحسب قوة الوسيلة المرهبة المستعملة فيه، يقسمه فقهاؤنا إلى نوعين:

ـ **إكراه تام، أو ملجىء**: وهو ما كان فيه خشية إتلاف نفس أو تعطيل عضو، أو كان فيه ضرب شديد مبرح ونحوه، أو حبس مديد، أو قيد مديد[١] أو عمل مهين لذي جاه، وأمثال ذلك من الوسائل الشديدة القوية التأثير، سواء أكان على نفسه أو على من يحرص عليه كأبيه أو ابنه أو زوجه.

ـ **وإكراه ناقص، أو غير ملجىء**: وهو ما كانت وسيلته لا توجب إلا ألماً خفيفاً أو غماً يسيراً، كضرب خفيف، أو تهديد به.

وإن شئت فقل في هذا التقسيم: **إكراه قوي، وإكراه ضعيف**. فالإكراه الملجىء، أو القوي، يعتبر مفقداً للرضا، ومفسداً للاختيار. وغير الملجىء، أو الضعيف، يفقد الرضا ولا يفسد الاختيار.

ويختلف اعتبار الوسيلة مرهبة أو غير مرهبة بحسب حال الشخص:

(١) يفسرون المديد هنا بأنه ما تجاوزت مدته يوماً واحداً (رد المحتار ٥/٨١).

فما يرهب المريض أو المرأة ربما لا يرهب السليم أو الرجل.

ولا يشترط أن تكون الوسيلة مادية، فقد تكون الوسيلة الأدبية أكثر تأثيراً بالنسبة إلى بعض الأشخاص. فلو هدَّد رجل زوجته بالطلاق حتى أبرأته من مهرها أو وهبته شيئاً كان هذا لها إكراهاً معتبراً. وكذا لو منع ابنته من الزفاف لزوجها حتى اعترفت بقبض ميراثها من أمها (على خلاف في صورة الطلاق) (ر: رد المحتار ٥/ ١٣٤ ـ ١٣٥).

٣٤/ ٤ ـ فالتصرُّفات القولية كافة يشترط لصحتها ولنفاذها الرضا بمعناه السالف الشرح. فلذا يؤثر فيها كلها الإكراه بنوعيه القوي والضعيف، أي الملجىء وغير الملجىء، فيسلبها قوتها الملزمة أو نفاذها؛ سواء أكانت من العقود، أو من تصرُّفات الإرادة المنفردة، كالإبراء، والإقرار، وإسقاط حق الشفعة. فلو فعلها إنسان مستكرهاً، ولو بإكراه ضعيف، كان بعد زوال الإكراه مخيَّراً بين الإمضاء والإلغاء (م/ ١٠٠٦ ـ ١٠٠٧).

ويشترط الفقهاء في الإكراه ليكون مؤثِّراً في العقد أن لا يكون الإكراه مشروعاً، وذلك عندما يكون مجرد عدوان على الإرادة بلا حق. فلو كان الإكراه **بحق**، أي مشروعاً، فلا تأثير له، كإكراه القاضي مديناً على بيع ماله الزائد عن حاجته لأجل وفاء الدَّين، فإن للقاضي حقَّ إكراه كل متخلِّف عن تنفيذ واجب عليه وهو قادر.

وهذه الشريطة في الإكراه ـ وهي أن لا يكون مشروعاً ـ تتلاقى مع اشتراط علماء القانون في الإكراه أن تكون **وسيلته وغايته غير مشروعتين**. فلو كانتا كلتاهما مشروعتين، كما لو هدَّد الدائن المدينَ برفع الدعوى عليه أمام القضاء حتى أكرهه بذلك على إعطائه رهناً، فإنَّ هذا الإكراه لا يقدح في سلامة عقد الرهن.

يتَّضح من جميع ما تقدَّم بيانه أن الإكراه على إجراء عقدٍ لا يمنع انعقاد ذلك العقد، لأنَّ الضرر فيه إنما هو ضرر خاص مقصور على العاقد. فيكفي لحماية العاقد المستكرَه منحه الخيار، أي حق إبطال عقده، فإنه قد

يرى بعد زوال الإكراه أن ما استكره عليه لا يتنافى مع مصلحته؛ بل ربما يكون في الواقع راغباً ضمناً في إجراء ذلك العقد.

فلذلك لم تعتبر الإرادة الحقيقية منتفية مع الإكراه كانتفائها في حالات صورية العقود؛ بل اعتبر الإكراه شبهة ظاهرة تورث الارتياب في تحقق الإرادة الحقيقية، فيقتصر تأثيرها على جعل العقد غير ملزم لعاقده؛ فيكون للعاقد بالإكراه الخيار بين تثبيت عقده وإبطاله. وهذا الحكم محل اختلاف في الاجتهادات الإسلامية[1].

* (١) اختلف النظر الفقهي في نوع تأثير الإكراه في العقود ودرجته:

أ ـ فذهب بعض الفقهاء إلى أنّ الإكراه على عقد يمنع انعقاد ذلك العقد، فيجعله باطلاً أصلاً.

ب ـ وذهب أبو حنيفة إلى أن الإكراه يفسد العقد إفساداً فقط، لا إبطالاً، وتترتب عليه الأحكام المقررة لفساد العقود (والعقد الفاسد عند الحنفية هو منعقد لا باطل، لكنه مستحق الفسخ) إلا من ناحية واحدة، وهي أنه بعد زوال الإكراه لو أجاز المستكرَه العقد الذي عقده تحت الإكراه يصحُّ هذا العقد ويصبح ملزماً، لأنَّ الفساد إنما كان صيانة لمصلحته وحقه الخاص لا لمصلحة شرعية عامة.

وقد سبق أن أشرنا إلى إيضاح معنى الفساد إجمالاً (ف ٣١/ ٨) وسنرى تفصيل الفرق بين الفساد والبطلان عند الحنفية في موضعه من نظرية المؤيِّدات الشرعية (ف ٥٤/ ١ وما بعدها).

ج ـ وذهب، زفر بن الهذيل، تلميذ أبي حنيفة، إلى أن الإكراه يجعل العقد غير نافذ، فهو كعقد الفضولي صحيح موقوف بالنسبة إلى المستكرَه، فيتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه: فإن أجازه جاز، وإن أبطله بطل، لأن الإكراه إنما يخل بحق المستكرَه ومصلحته، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه. ومن المتفق عليه في مذهب أبي حنيفة أنَّ العقد المعقود بالإكراه إذا أجازه العاقد المستكرَه بعد زوال الإكراه يجوز ويلزم، وهذا دليل توقف العقد لا فساده، لأنَّ العقد الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة. (ر: البدائع ٧/ ١٨٨، والهداية ورد المحتار كتاب الإكراه).

والرأي المرجَّح في المذهب الحنفي رأي أبي حنيفة في فساد العقد بالإكراه. لكن رأي تلميذه زفر كما ترى أقوى دليلاً وأوجه، وإن المادة /١٠٠٦/ من المجلة العدلية قد تشعر باختيارها رأي زفر وبناء حكمها عليه.

وهذا ما عليه النظريات القانونية في الفقه الأجنبي، فإنَّ علماء القانون يقررون أنَّ العقد مع الإكراه صحيح قابل للإبطال بطلب من العاقد المستكرَه، كسائر العقود المشوبة بأحد عيوب الرضا.

=

٥/٣٤ ـ ويستثني الحنفية وحدهم من التصرفات القولية ما لا يؤثِّر فيها الهزل ـ أي ما لا تجري فيه الصورية على ما سبق بيانه في صورية العقود: وهو النكاح، والطلاق، والإعتاق (ر: ف/ ٦/٣٣) فإنَّ الإكراه عليها لا تأثير له في نفاذها، بل تنفذ في حالة الإكراه كما في حالة الرضا عندهم. وهذا منهم قياس لحالة الإكراه على حالة الهزل الاستثنائية في هذه العقود والتصرفات.

ولكن في الإكراه على الطلاق مما فيه تبعة مالية، يرجع الزوج على المكرِه بالمهر. وإذا كان المكرِه للزوج على الطلاق هو الزوجة نفسها سقط مهرها[1].

= د ـ وقريب من هذا مذهب المالكية، فإنَّ الاجتهاد المالكي على أن العقد بالإكراه منعقد صحيح لكنه غير ملزِم، بل للمستكرَه الخيار في إبطاله. ويسوون في ذلك بين الإكراه المباشر **والضغط**. وهو، أي الضغط عندهم، أن يقع الإكراه لا على العقد مباشرة، بل على سبب آخر اضطر المضغوط إلى العقد، كمن أكرهه السلطان على دفع مال ظلماً فاضطر لبيع ماله حتى يؤديه. وهذا يسمى عندهم: **بيع المضغوط**. واختلفوا في اشتراط علم المشتري بضغط البائع ليجوز له إبطال العقد (ر: حاشية الحطاب ٤/ ٢٤٨/ والدسوقي ٣/ ٦).

هـ ـ أما الشافعية فقد أخذوا بنظرية البطلان فقرروا: أنَّ العقودَ وسائر التصرفات القولية تعتبر مع الإكراه باطلة من أصلها؛ لأنَّ الرضا عندهم شريطة انعقاد، وإن الاختيار والرضا في نظرهم مفهومان متلازمان، فلا وجود لأحدهما دون الآخر، والإكراه يسلبهما؛ وإن من يتصرف تحت الإكراه لم يقصد إلى إنشاء العقد، وإنما قصد إلى إنقاذ نفسه. فالألفاظ المعبرة عن الإرادة تفقد في حالة الإكراه دلالتها، لا فرق في ذلك بين النكاح والطلاق وغيرهما، على خلاف رأي الحنفية الذي بسطناه في إمكان انفكاك الاختيار عن الرضا. (ر: «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ أبي زهرة ف / ٢٦٢ ـ ٢٦٣/ ، والمبسوط للسرخسي ٢٤/ ٥٦ ـ ٥٩).

(١) هذا حكم الإكراه على التصرُّفات القولية في الاجتهادات.

أما التصرُّفات الفعلية التي فيها عدوان على الغير فرأي الحنفية فيها إنها إن كانت مما يباح عند الضرورة، كغصب مال الغير وإتلافه، فإنها يؤثر فيها الإكراه القوي، أي الملجىء، فيبيحها، ويكون المكرِه الحامل هو المسؤول دون الفاعل. ولا يؤثِّر فيها غير الملجىء إذ يكفي للمسؤولية فيها الاختيار الصحيح، ولا يشترط الرضا. فلو فعلها =

رأي الجمهور في الموضوع:

غير أنَّ جمهور المجتهدين خالفوا الحنفية ولم يقبلوا هذا القياس، ففرَّقوا بين الإكراه والهزل في هذه التصرُّفات الثلاثة التي لا يؤثِّر فيها الهزل، وقرروا أنَّ الإكراه يؤثِّر فيها ويمنع صحتها أو لزومها (على الاختلاف بين الاجتهادات الإسلامية في أثر الإكراه) كما في سائر التصرفات. وذلك بخلاف الهزل، لأنَّ الهازل مختار في مباشرة السبب لكنه لا يريد ثبوت حكمه، فيمكن إثبات الحكم رغماً عنه إذا اقتضت المصلحة التشريعية ذلك.

أما المتصرِّف بالإكراه فغير مختار، فلا يسوغ إلزامه، ولا سيما أن نصوص الشريعة صريحة في عدم مؤاخذة الإنسان بما استكره عليه.

ورأي الجمهور هذا في نظرنا أوجه وأجرى مع حكمة التشريع[1].

= إنسان بإكراه غير ملجىء يكون هو المسؤول بالمال دون الحامل المكرِه، لنقصان الإكراه غير الملجىء بالنسبة إلى خطورة الفعل المكره عليه، لأنه ليس مفسداً لاختيار الفاعل.

وإن كانت مما لا يباح عند الضرورة، كقتل الغير، فإنه لا يبيحه الإكراه مطلقاً ولو أكره عليه بالقتل. لكن إذا أطاع الإكراه فقتل من يراد قتله فإنَّ العقوبة الخاصة وهي القصاص تكون على الحامل المكرِه لا على الفاعل.

(١) نلفت النظر إلى أنه بعد الطبعة الثالثة لهذا المدخل الفقهي العام أصدر الأستاذ العلامة عبد الرزاق السنهوري الجزء الثاني من كتابه الجديد القيم **«مصادر الحق في الفقه الإسلامي»** وفيه مزيد بسط لنظرية الإكراه في فقه المذاهب الإسلامية، ولعيوب الرضا بوجه عام، مقارنة بالفقه الأجنبي فليرجع إليه من يريد مزيداً من التفصيل لا يتَّسع له هذا المدخل.



الفصل الخامس والثلاثون

عيوب الرضا ـ الخلابة[1]

٣٥/ ١ ـ الخلابة في العقد هي:

أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا في العقد بما لم يكن ليرضى به لولاها.

وأصل فكرتها الفقهية ما ورد في الحديث النبوي أن حَبَّان[2] بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يُغبن في المبايعات فقال النبي عليه الصلاة والسلام: «**إذا بايعت فقل: لا خِلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام**»[3].

---

(١) **الخِلابة**: (بكسر الخاء المعجمة) معناها في اللغة الخديعة. وهي مصدر من «خلبه يخلبه» إذا خدعه بالقول اللطيف. ومنه قولهم: **سحاب أو برق خُلَّب** (بضم الخاء وتشديد اللام المفتوحة، وزان: سُكَّر) إذا كان يوهم أنه ممطر وهو فارغ (ر: النهاية لابن الأثير).

ونلفت النظر سلفاً هنا إلى أننا اخترنا لفظ «**الخِلابة**» عنواناً عاماً لجميع صور الخديعة التي يسميها علماء القانون في نظرية العقد، وبعض فقهاء الشريعة الإسلامية «**تدليساً**» كما سننبه عليه في آخر بحث الخِلابة، مع بيان سبب ترجيحنا لفظها على لفظ التدليس.

(٢) **حَبَّان**: بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة.

* (٣) هذا الحديث: «إذا بايعت فقل: لا خِلابة» متفق عليه. رواه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع ٣/ ٨٦ وفي كتاب الوكالة ٣/ ١٧٥، ومسلم في كتاب البيوع (١٥٣٣) وأما زيادة: «ولي الخيار ثلاثة أيام» فقد قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص» ٣/ ٢١: رواها الحميدي في مسنده، والبخاري في تاريخه، والحاكم في مستدركه من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر. ولفظ البخاري: «إذا بعت فقل: لا خلابة، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاثة أيام». وفي «مصنَّف عبد الرزاق» عن أنس أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً واشترط الخيار أربعة أيام، فأبطل رسول الله ﷺ البيع، وقال: «الخيار ثلاثة أيام» انتهى.

=

فهذا الحديث النبوي قد تضمن جملتين:

ـ **الأولى** تمنع في المبايعة كل خديعة، وهي الخِلابة. وهي منع ثابت بحكم الشرع وإن لم يشترطه المتعاقد، وإنما ذكره للتنبيه والتحذير. ومقتضى هذا المنع ثبوت الخيار للمخدوع: فإن شاء أمضى العقد وإن شاء أبطله إذا ثبتت الخديعة. وظاهر أنَّ غير البيع نظير البيع في هذا الحكم، لأنَّ الخديعة ممنوعة شرعاً في المعاملات بوجه عام، وفي جميع الأحوال. والمقصود من إيجاب هذا الخيار رفع الضرر الحاصل للعاقد من الخديعة.

ـ والجملة **الثانية** تنصُّ على خيار التروي المسمى: **خيار الشرط** وقد تقدَّم ذكره في أمثلة القياس. وهذا يحتاج إلى اشتراط لأنَّ المقصود منه أن يأخذ العاقد المحتاج إلى التروِّي والمشورة فرصة كافية يتمكن بها من ذلك. وليس سببه أمراً ممنوعاً شرعاً كالخداع والغش. وليس كل عاقد يحتاج إلى هذا التروي؛ فلذا لا يثبت هذا الخيار إلا لمن يشترطه من العاقِدَين.

والخِلابة حالة عامة من شوائب الإرادة العقدية لا تنحصر في صور ووسائل معينة، بل كل وسيلة من وسائل التمويه على **العاقد** وإيهامه لحمله

= وقد تلقى جميع فقهاء الشريعة هذا الحديث بالقبول لكن اختلفت اتجاهاتهم في الاستنباط منه:

ـ فمنهم من يجعله وارداً في جواز خيار الشرط في المعاوضات المالية، كما تقدمت الإشارة إليه في بحث القياس (ر: ف ٧/٣ تاسعاً) وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد الحنفي (ر: الهداية وفتح القدير، باب خيار الشرط، من كتاب البيوع ٤٩٨/٥) وهذا الاتجاه تركيز للنظر على الجملة الثانية من الحديث المتضمنة الإرشاد إلى اشتراط الخيار مدة من الزمن للتروي.

ـ ومنهم من ينظر أيضاً إلى الجملة الأولى على أنها ذات دلالة مستقلة، وهي منع الخِلابة (أي الخديعة) في المعاملات، ويتخذون منه دليلاً على أنَّ كل خديعة يلجأ إليها أحد المتبايعين تجاه الآخر ويترتب عليها زيادة في التزامات المخدوع أو نقص من حقه فإنها توجب له الخيار.

وهذا الاتجاه هو الظاهر في الاجتهاد الحنبلي (ر: المغني مع الشرح الكبير على المقنع ٤ /٦٩ ـ ٩٠ و ١١٣).

على التعاقد تدخل في الخِلابة. **لكن المهم أن تكون هي التي حملته على التعاقد.**

وتتجلى الخِلابة سافرة في عدة صور ووسائل شاعت بين الناس فخصَّها فقهاء المذاهب بالذكر، وبعضها تناولته السنة النبوية بنهي خاص. فمن هذه الصور البارزة في الخلابة أربع صور مشهورة هي: **الخيانة، والتناجش، والتغرير، وتدليس العيب.**

٣٥/ ٢ ـ (أولاً): الخيانة:

فالخيانة يصورها الفقهاء في **بيوع الأمانة**[١]، كما لو باع شيئاً بربح معيَّن على رأس ماله المبين، وكذب في بيان رأس المال فقال: إنه عشرة مثلاً، وهو في الواقع أقل. فهذا من البائع خيانة قد خلب بها المشتري ليستخلص منه ربحاً أكثر مما اتفقا عليه. فلذا يمنح المشتري في رأي بعض الفقهاء حق إبطال العقد، وفي رأي آخر يحطُّ من الثمن مقدار الخيانة مع مقدار نسبتها من الربح: فإذا كان مقدار الخيانة ربع رأس المال يحطُّ معها من الثمن ربع الربح المشروط أيضاً (ر: رد المحتار ٤/ ١٥٥).

٣٥/ ٣ ـ (ثانياً): التناجش:

وأما التناجش، أو النجش[٢]، فهو أن يتواطأ صاحب سلعة مع

---

(١) البيع إما أن يحدد الثمن فيه بين المتبايعين بمفاوضة مستقلة غير منظور فيها إلى رأس مال البائع، وهذا هو «**بيع المساومة**»؛ وإما أن يحدد فيه الثمن على أساس رأس مال البائع، وهذا هو «**بيع الأمانة**».

وعندئذ: إن كان البيع بإضافة ربح محدود من رأس المال سمي: **مرابحة**؛ وإن كان بلا ربح سمي: **تولية**؛ وإن كان بخسارة محدودة سمي: **وضيعة**.

(٢) النجش (بفتح فسكون، أو بفتحتين) في الأصل من أعمال الصيد. يقال: نجش الرجل الصيد ينجشه نجشاً، إذا استثاره وحاشَهَ لتحويله من مكانه إلى مكان آخر يسهل فيه اقتناصه (لسان العرب). ثم استعمل في استثارة حماس المساوم إلى الشراء بالمزاحمة الكاذبة.

شخص ليتظاهر هذا بالرغبة في شرائها ويدفع فيها أكثر من قيمتها وهو لا يريد شراءها، بل ليوهم غيره مزاحمة تغريه بالشراء. وقد نهى النبي ﷺ عن التناجش، لأنه من قبيل الخلابة.

والتناجش في نظر فقهاء الشريعة يعيب الرضا، فيعطى المشتري بسببه حق إبطال العقد بشرط أن يؤدي إلى غبن المشتري في الثمن **غَبْناً فاحشاً**[(١)]. هذا ما عليه جمهور الفقهاء والمذاهب الثلاثة (المالكي، والشافعي، والحنبلي). أما في المذهب الحنفي فالتناجش لا يعيب الرضا فلا يسوغ إبطال العقد، ترجيحاً لاستقرار التعامل، لكنه مكروه ديانة[(٢)]

(١) الغبن (بفتح فسكون) هو أن تطغى مصلحة أحد المتعاقدين على مصلحة الآخر بحيث لا يكون توازن بين ما يأخذ وما يعطي.
وأصله في اللغة من قولهم: غبن الثوب، إذا ثناه فخاطه لأجل تضييقه أو تقصيره.
ويمكن أن يقع الغبن من الطرفين في عقود المعاوضة كالبيع والإجارة والصلح والقسمة، كما لو باع أحد شيئاً بأكثر من قيمة المثل أو بأقل، فإن البائع غابن في الأكثر ومغبون في الأقل.
والغبن بالنظر إلى مقداره يقسمه الفقهاء إلى قسمين: غبن يسير، وغبن فاحش.
فالغبن اليسير: هو ما لا يتجاوز حدود التفاوت المعتاد بين الناس في الأسعار، كما لو بيع شيء بعشرة دنانير مثلاً، ولو عرض على أهل الخبرة يقدره بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة. فالواحد المختلف فيه يعتبر غبناً يسيراً لأنه ـ كما يقول الفقهاء ـ يدخل تحت تقويم المقومين، أي يتناوله تقدير بعضهم للقيمة.
وأما **الغبن الفاحش**: فهو ما يتجاوز حدود التفاوت المعتاد في الأسعار، كما لو كان الشيء المبيع بعشرة يقدره بعض الخبراء بثمانية وبعضهم بتسعة أو سبعة بحيث لا تدخل العشرة في تقدير أحد من الخبراء. فالفرق بين العشرة وبين أعلى تقدير من خبير أمين هو غبن فاحش.
على أن متأخري فقهاء المذهب الحنفي لجؤوا، ضبطاً للمقاييس القضائية، إلى تحديد الغبن الفاحش بما يعادل **نصف عشر** القيمة في العروض المنقولة، **والعشر** في الحيوان، **والخمس** في العقارات. فما بلغ من الغبن هذه الحدود فهو غبن فاحش وما دونه يسير. وبهذا أخذت المجلة في المادة /١٦٥/ منها.
ويلحظ أنَّ الغَبن اليسير لا تأثير له في نظر الفقهاء غالباً، لأنه لا يمكن التحرز منه. فمتى ذكر الغبن في المواطن التي له فيها تأثير يراد به الغبن الفاحش.
(٢) انظر معنى حكم الديانة وحكم القضاء في أول الكتاب (ف ٢/ ٣ ـ ٤).

كراهة تحريمية (ر: الشرح الكبير ٤/٧٩ ورد المحتار ٤/١٣٢).

وفقهاء المالكية يجرون قياس التناجش في جانب المشتري أيضاً، كما في بيوع المزايدة إذا تواطأ المشتري مع منافسيه على أن يكفوا عن المزايدة ليتمكن من شراء السلعة بثمن بخس. ففي هذا أيضاً ينصُّ المالكية على إثبات الخيار للبائع في إبطال العقد، لأنه مناجشة من المشتري كمناجشة البائع (ر: شرح الخرشي وحاشية العدوى ٥/٨٣).

٣٥/ ٤ ـ (ثالثاً): التغرير:

وأما التغرير فهو في اللغة إيقاع شخص في الغَرَر (بفتحتين)، أي في الخطر (ر: لسان العرب).

والمراد به هنا في اصطلاح الفقهاء: الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد، وحمله عليه.

إنَّ التغرير ينقسم إلى نوعين:

- تغرير في السعر، ويسميه فقهاء الشريعة: **تغريراً قولياً**.
- وتغرير في الوصف، ويسمونه: **تغريراً فعلياً**[1].

(أ) التغرير في السعر:

فالتغرير القولي في السعر، كما لو قال البائع أو المؤجر، للمشتري أو

---

* (١) إنَّ فقهاءنا يقسمون التغرير إلى قولي وفعلي، ناظرين إلى الوسيلة المستخدمة فيه.

ويريدون بالقولي نفس ما أسميناه «**تغريراً في السعر**» لأنَّ أسعار الأشياء ليست صفات منظورة فيها، فالوسيلة الطبيعية للإغراء في السعر هي الكلام والبيان الكاذب.

ـ ويريدون بالتغرير الفعلي نفس ما أسميناه «**تغريراً في الوصف**»، لأنَّ إيهام الشخص بصفة كاذبة في الشيء يكون بواسطة فعل يوهم في ذلك الشيء صفة مصطنعة.

فلذلك رجحنا نحن في التسمية والتقسيم النظر إلى الغاية من التغرير، لا إلى الوسيلة، فقلنا: **تغرير في السعر، وتغرير في الوصف**، لأنه أوضح وأكثر انسجاماً بين الاسم والحكم.

للمستأجر: إنَّ هذا الشيء يساوي أكثر ولا تجد مثله بهذا السعر، أو دفع لي فلان فيه كذا فلم أقبل، ونحو ذلك من المغريات الكاذبة.

فإذا صحب التغرير القولي في السعر غبن فاحش فقد أوجب الفقهاء للمغبون حق إبطال العقد دفعاً للضرر عنه نظراً إلى أن رضاه بما حصل ليس سليماً، بسبب التغرير (ر: رد المحتار).

(ب) التغرير في الوصف:

والتغرير الفعلي في الوصف، يكون بتزوير وصف في محل العقد يوهم المتعاقد في المعقود عليه مزيَّة مصطنعة غير حقيقية. وذلك كتوجيه البضاعة المعروضة للبيع، بأن يضع الجيد منها في الأعلى ليكون هو المنظور كالوجه لها، ويجعل الرديء في الأسفل. وكذا إذا كان ماء الرحى (الطاحون المائي) قليلاً، فحبس بائعها الماء ثم أرسله عند عرضها على البيع ليوهم المشتري أنَّ ماءها ـ وهو قوتها المحرِّكة ـ غزير دفَّاق. ومن هذا القبيل اليوم في عصرنا تلاعب بائع السيارة المستعملة بعداد المسافة فيها وإرجاع أرقامه لإيهام المشتري قلة استعمالها.

ومن أشهر أمثلة التغرير في دواب الحلب التي تقتنى لأجل اللبن تَصْرية هذه الدواب عند بيعها، وذلك بأن تكون الشاة أو البقرة أو الناقة قليلة اللبن أو ناضبته، فيربط صاحبها أخلاف[1] ضرعها مدة حتى يجتمع لبنها ويحفل ضرعها، أي يمتلىء، ثم يعرضها للبيع إيهاماً بغزارة لبنها. فإذا حلبها المشتري أول مرة ظهر له بعدها نضوب اللبن. وهي معروفة عند الفقهاء بمسألة: **الشاة المُصَرَّاة**[2].

---

(١) **الأخلاف**: لضرع الناقة ونحوها كالحلمات لأثداء النساء، مفردها خِلْف (بكسر فسكون).

(٢) **المُصَرَّاة**: (بضم الميم وتشديد الراء المفتوحة): اسم مفعول من التصرية؛ وهي في أصل اللغة حبس الماء بسد مجراه، ثم استعمل لحبس اللبن في الضرع.

وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن تصرية الإبل والغنم[١]، وثبت عنه أنه نهى عن: «**بيع المحفَّلات**»[٢]. وجمهور الفقهاء على أنَّ هذا النوع من التغرير ـ أعني التغرير الفعلي في الوصف ـ يوجب للمغرور خياراً في إبطال العقد ولو لم يصحبه غبن، لأنه قد يكون مقصوده تلك الصفة الموهم بها في المعقود عليه؛ فهي صفة ملحوظة عند التعاقد، فيوجب فواتها الخيار للعاقد المغرور كفوات الصفة المشروطة (ر: المغني والشرح الكبير ٤/ ٨٠ ـ ٨١)[٣].

---

(١) روى البخاري ومسلم في البيوع قال ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر».

(٢) روى البخاري ومسلم في البيوع قال ﷺ: «من اشترى محفلة فردها فليرد معها صاعاً».

والمحفَّلة: (بفتح الفاء المشددة) اسم مفعول من **التحفيل**، بمعنى التصرية والتجميع، ومنه يقال لمجامع الناس: محافل.

* (٣) في قضية الشاة المصراة اختلاف وكلام طويل في فقه المذاهب الاجتهادية. فقد روي في الصحيحين عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها: إن شاء أمسك، وإن شاء ردَّها وصاعاً من تمر**».

وقد اختلفت الاجتهادات في ذلك:

ـ فمنهم من أوجب ردها مع صاع من تمر مطلقاً دون النظر إلى كمية اللبن المحلوب منها، عملاً بظاهر الحديث.

ـ وذهب أبو حنيفة إلى عدم ردها، وإنما يرجع المشتري بنقصان قيمتها إن كانت أنقص مما اشتراها به.

ـ وذهب أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة، في رواية عنه، إلى أنَّ المشتري يردها مع قيمة اللبن المحلوب لا مع صاع من تمر، لأنه قد يكون أقل أو أكثر قيمة. (ر: رد المحتار ٤/ ٩٦ ـ ٩٧).

فأبو يوسف يحمل ما ورد في الحديث من رد صاع تمر على أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام لحظ تكافؤه مع اللبن المحلوب في تلك الحادثة، والتمر هو المال الميسور إذ ذاك فقضى به، ولكن الأصل الواجب في التعادل هو القيمة.

ورأي أبي يوسف كما ترى، في هذه القضية، هو أعدل الآراء وأوجهها فقهاً، وهو الذي يجب التعويل عليه، وهو أحسن من قول إمامه أبي حنيفة بالرجوع بنقصان قيمة الدابة المصرَّاة فقط دون فسخ العقد، إذ قد يكون غرض المشتري إنما هو الصفة الفائتة الموهم بوجودها في البيع. =

٣٥/ ٥ ـ (رابعاً): تدليس العيب:

وأما تدليس العيب فهو كتمان أحد المتعاقدين عَيْباً خفياً يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة، كالبيع والإجارة.

وفقهاء الإسلام مجمعون على أنَّ تدليس العيب يوجب للمتعاقد المدلَّس عليه حقاً في إبطال العقد يسمى: **خيار العيب**، فيرد المبيع أو المأجور المعيب على البائع المدلِّس أو على المؤجر، ويفسخ العقد.

وليس معنى ذلك أنَّ المشتري ومن في معناه لا يثبت له خيار العيب إذا لم يكن البائع عالماً بالعيب عند البيع، بل الخيار يثبت شرعاً للمشتري على كل حال إذا ظهر في المبيع عيب كان خفياً على المشتري ولو لم يكن البائع عالماً به عند البيع، لأنَّ المفروض في كل عقد أن رضا المتعاقد مبنيٌّ على أساس سَلامة محل العقد من العيوب، وأنَّ المتعاقد الآخر مسؤول بكل عيب قديم يظهر في هذا المحل وضامن له، ما لم يشترط في العقد براءة البائع من هذا الضمان.

= وإنَّ المجلة لم تبحث في هذه المسألة، وكان عليها أن تتناولها وتختار رأي أبي يوسف.

وقد غلا بعض رجال المذاهب الأخرى، ومنهم ابن القيم في كتابه «إعلام الموقعين» في انتقاد قول أبي حنيفة بعدم رد الشاة المصراة.

والذي أراه لزوم حمل رأي أبي حنيفة على ما إذا كانت الشاة، رغم التصرية، ذات لبن كاف لوصفها عادة بأنها لبون، وإنما التصرية فيها لإيهام زيادة في لبنها.

أما إذا كانت بعد حلبها لا يجتمع لها لبن صالح لوصفها بأنها حلوب، فلا شك أنَّ أبا حنيفة يقول بجواز فسخ العقد وردها، لأنَّ إلزام المشتري بها عندئذ، ولو مع حق الرجوع بنقصان قيمتها، ينافي قواعد مذهب أبي حنيفة نفسه في خيار فوات الوصف، فإنه يثبت الخيار بفوات الوصف المشروط شرطاً صريحاً أو ضمنياً. ولا شك أنَّ الصفة الظاهرة الناشئة من التصرية هي في قوة اشتراط كون الدابة لبوناً.

ومن قواعد مذهب أبي حنيفة أنَّ «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً». ولا شك أنَّ قواعد مذهب كل مجتهد هي التي يجب أن تحكم في تفسير وتفصيل بعض الآراء المروية عنه بصورة مجملة مطلقة.

ولكنَّ البائع ومن في حكمه إذا كان عالماً بالعيب فكتمه كان مدلساً للعيب، وداخلاً تحت حكم **الخِلابة**. أما إذا لم يكن البائع عالماً بالعيب فهو ضامن له أيضاً بمقتضى العقد، ولكنه ليس بمدلس.

فالفرق بين تدليس العيب وعدمه لا يظهر بالنسبة إلى ضمان العيب، لأنَّ ضمانه حكم مشترك في الحالين، وإنما يظهر في بعض أحكام أخرى لها طابع الجزاء، كما لو شَرَط البائع في عقد البيع براءته من ضمان العيب، (أي عدم مسؤوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع)، فرضي المشتري بهذا الشرط اعتماداً على السلامة الظاهرة، ثم ظهر في المبيع عيب قديم:

أ ـ ففي هذه الحال إذا كان البائع جاهلاً وجود العيب في مبيعه، وإنما شَرَط هذا الشرط **للاحتياط**، فشرطه هذا صحيح مسقِط لضمان العيب عن عهدته باتفاق المذاهب الاجتهادية. فيعتبر المشتري مشترياً على مسؤولية نفسه، كما لو كان عالماً بعيب المبيع فاشتراه راضياً به.

ب ـ أما إذا كان البائع عالماً بعيب المبيع فكتمه عن المشتري، واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته، ففي أقوى الاجتهادات لا يصح شرطه هذا، ويبقى خاضعاً للضمان، لأنَّ شرطه هذا للاحتيال لا للاحتياط، فهو سيىء النية بشرطه هذا فلا يجوز أن يستفيد منه[1].

٦/٣٥ ـ خلاصة حكم الخلابة بوجه عام:

بالنظر في جميع صور الخِلابة التي نقلناها من المذاهب الاجتهادية في

(١) بهذا قضى الخليفة الثالث سيدنا عثمان رضي الله عنه، وبهذا أخذ قانوننا المدني الحالي. والاجتهاد الحنفي على خلاف ذلك يصحح هذا الشرط ويعفي به البائع من ضمان العيب رغم علمه بالعيب وسوء نيته. (ر: كتابي «عقد البيع في الشريعة الإسلامية» وهو الجزء الرابع من هذه السلسلة ف /١٢٧/ وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٥٣ ـ ١٥٤).

الفقه الإسلامي (الخيانة، والتناجش، والتغرير، وتدليس العيب) وفي صورها الأخرى المماثلة التي لم ننقلها وتُرى في مصادرها الفقهية من كتب المذاهب، يمكن أن نستخلص للخِلابة حكماً عاماً في الشريعة الإسلامية نقرِّرُ فيه التفصيل التالي:

إنَّ الخِلابة بجميع صورها المتقدمة البيان، وأمثالها من الصور والأساليب الخادعة التي يلجأ إليها أحد العاقدين، تعيب رضا العاقد الآخر وتؤثِّر في القوة الملزمة للعقد، فيثبت بها شرعاً للعاقد المخلوب خيار يمنح بمقتضاه حق إبطال العقد في فقه المذاهب.

ولكن تارة يشترط مع الخِلابة وجود غبن للعاقد المخلوب، وتارة لا يشترط الغبن، وذلك بحسب الغاية المقصودة من الخلابة:

أ ـ فإذا كان هدف الخلابة زيادة السعر على المخلوب يشترط عندئذ في الخلابة لكي تعيب الرضا وتسوِّغ إبطال العقد أن تكون مصحوبة بغبن فاحش. وذلك كما في صور التناجش، والتغرير القولي في السعر. ففي كل من هذه الحالات وأمثالها إنما يقصد الخالب استزادة البدل. فإذا أدَّت إلى غبن فاحش أوجبت عندئذ للمخلوب الخيار وإلا فلا.

ويستثنى من ذلك الخيانة في بيوع الأمانة (المرابحة وأخواتها) فإنها ـ وإن كان هدفها استزادة البدل ـ توجب للمشتري على كل حال حق إبطال العقد، أو حق الحط من الثمن بمقدار الخيانة (على اختلاف الآراء الاجتهادية في حكم الخيانة كما سبق بيانه في بحثها ف ٣٥/٢) ولو لم يحصل للمشتري معها غبن في سعر المبيع[١]. وذلك لأنَّ البيع في المرابحة وأخواتها يقوم على أساس رأس المال باتفاق الطرفين. فكل كذب في بيان رأس المال يؤدي إلى خلاف المتفق عليه بين العاقدَين ولو لم يكن غبن.

(١) كما لو باع شيئاً بعشرة على أنَّ رأس ماله ثمانية، ثم تبيَّن أنَّ رأس ماله سبعة، والشيءُ المبيع تساوي قيمته في السوق عشرة أو أكثر، فلا غبن على المشتري في هذه الحال رغم خيانة البائع، ومع ذلك يحق للمشتري إبطال العقد.

ب ـ وأما إذا كان هدف الخلابة خداع العاقد المخلوب في صفة المعقود عليه، كإيهامه بالجودة أو بأي وصف آخر، فإنها تعيب الرضا وتسوِّغ إبطال العقد، ولو لم يصحبها غبن في السعر، كما في الشاة المصرّاة إذا بيعت بثمن لا يزيد عن قيمتها غير لبون، وكالفاكهة الموجهة إذا بيعت بثمن لا يزيد عن سعر الرديء الذي تحت وجهها الجيد، لما تقدَّم من أنَّ العاقد المخلوب قد يكون مقصوده الصفة الموهم بها، ففواتها يوجب له الخيار. (ر: المغني والشرح الكبير ٦٩/٤، ٨٠، ٩٠، ١١٣، ورد المحتار ٩٦/٤، ١٣١، ١٥٥)[1].

حكم الغبن المجرَّد ومستثنياته

٧/٣٥ ـ يتَّضح مما تقدم أنَّ الغبن الفاحش وحده في العقود لا يعيب الرضا ما لم يصاحبه شيء من الخِلابة. وعلى هذا استقرَّت معظم الاجتهادات. ذلك لأنَّ **الغبن المجرَّد** عن كل خديعة لا يدل إلا على تقصير العاقد المغبون في تحري الأسعار ومعرفة حد البدل العادل؛ ولا يدل على مكرٍ من العاقد الآخر. ولكل إنسان أن يطلب المزيد من المنفعة بالطريق الحر المشروع دون غش واحتيال، ما لم يضر بالجماعة، فحينئذ يحد من حريته وتحدد منفعته، كما في حال احتكار **المواد الضرورية** وحالة تحكم

---

* (١) **ملاحظة:**

الخلابة بمعناها الذي تقدَّم شرحه، وبصورها المختلفة، يقابلها تماماً في الفقه الأجنبي باللغة الفرنجية لفظ: (Le dol) ويترجمها القانونيون العرب في مصر بكلمة (التدليس). والتدليس كلمة استعملها فقهاء الإسلام قديماً في المذاهب الثلاثة: المالكي، والشافعي، والحنبلي، تارة بهذا المعنى تماماً كما فعل القانونيون المعاصرون، وتارة بمعنى كتمان البائع عيباً خفياً في المبيع، وهو المعنى الأصلي للتدليس.

وقد رجحنا هنا استعمال لفظ «الخلابة» لأنه أدل على معنى الخديعة المقصودة هنا، ولأنه ورد كما رأيت في الحديث النبوي الذي احتج به جميع فقهاء المذاهب، وهو النص التشريعي في الموضوع نفسه. فأصبح لفظ التدليس مقصوراً على معناه الأصلي، وهو كتمان عيب المبيع، فيكون تدليس العيب في المبيع ونحوه صورة من صور الخِلابة بمعناها العام.

الباعة بالأسعار، حيث يبيع الحاكم المال المحتكر رغماً عن صاحبه، ويلجأ إلى التسعير على الباعة إذا تواطؤوا وتحكموا في الأسعار.

أما في التعامل العادي بين الناس في غير حالة الاحتكار والتحكم فليس من مهمة التشريع أن يمنع التغابن المجرَّد عن الغش والخديعة، وإنما من مهمته أن يقيم المتعاقدين على قدم المساواة في الأهلية والحرية، ثم على كل إنسان أن يفتح عينيه ويحمي نفسه من الغبن. وإن لكل إنسان من حرصه على مصلحته دافعاً كفيلاً لتحري الأصلح له وتوقي سواه. وتبعة المهمل يجب أن تكون على حسابه.

هذا ما عليه جمهرة الاجتهادات الإسلامية في الغبن المجرد[(١)] مع ملاحظة الاستثناءات التالية:

٣٥/٨ ـ الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها الغبن المجرَّد عيباً في الإرادة:

يستثني الاجتهاد الحنفي وغيره ثلاث مواطن يمنع فيها الغبن الفاحش ولو كان غبناً مجرداً لم تصحبه خِلابة. وهذه المواطن الثلاثة المستثناة هي: **حقوق اليتيم، والوقف، وبيت المال.**

فالغبن الذي يقع بالتعاقد في مال إحدى هذه الجهات الثلاث مردود شرعاً على الغابن، لأنَّ هذه الجهات الثلاث تحتاج إلى مزيد من الحماية عن طريق التشريع لكثرة تهاون القائمين عليها في صيانة حقوقها (ر: المجلة/ ٣٥٦).

ـ على أنَّ الاجتهاد الحنبلي يستثني أيضاً حالتين اثنتين يعتبر فيهما

(١) وحجتهم من النصوص قول الرسول ﷺ: **«دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»**. رواه مسلم في الصحيح في كتاب البيوع (١٥٢٢) والترمذي (١٢٢٣)، والنسائي (٤٤٩٦) من حديث جابر رضي الله عنه. وفي المذهب الحنفي رأيان حول جواز فسخ العقد بالغبن المجرد، والأرجح عدم الجواز ما لم يصحبه تغرير (فتح القدير ٦/ ١٠٧ ورد المحتار ٤/ ١٥٩).

الغبن المجرَّد عن الخِلابة عيباً في رضا المغبون يسوِّغه إبطال العقد وهما:

١ ـ حالة الشخص المسترسِل.

٢ ـ وتلقي الرُّكبان[١].

(أ) فأما **المسترسل** فهو من يستسلم من بائع أو مشتر إلى المتعاقد معه وهو جاهل بالسعر. فإذا غبنه في السعر كان للمسترسل خيار الإبطال[٢] لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «**غبن المسترسل حرام**»[٣].

فإن كان عالماً بالسعر، أو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلم به لم

---

(١) الركبان (بضم الراء) جمع (راكب) وهو من يركب البعير.

* (٢) للمالكية مباحث مسهبة في غبن المسترسل. وفقهاء المذهب المالكي مجمعون على أن غبنه إذا كان فاحشاً فإنه يعيب إرادته ويوجب له خيار الإبطال.

لكنهم يفسرون المسترسل بأنه: **هو الذي يستسلم من المتبايعين إلى الآخر ويستأمنه في السعر بأن يعلن له أنه جاهل بالأسعار، ويطلب إليه أن يبيعه أو يشتري منه بسعر السوق**. فإذا غبنه كان له الخيار.

أما إذا كان الشخص جاهلاً للأسعار لكنه **غير مسترسل** (أي لم يعلن لصاحبه ذلك) فَغَبَنَهُ، ففي منح المغبون الخيار اختلاف بين فقهاء المذهب.

وأما إذا كان عالماً بأسعار السوق فلا خيار له إذا غُبن باتفاق الفقهاء. (ر: الشرح الصغير للدردير المالكي في هامش الصاوي ٢/ ٦٣).

وفقهاء الحنابلة لا يفسرون المسترسل بمن يعلن للآخر جهله بالأسعار واستئمانه له، بل يكتفون في تحقق معنى الاسترسال بأن يكون جاهلاً مستسلماً لا يماكس.

والواقع أنَّ **اشتراط المالكية** فيه أن يعلن استئمانه إلى البائع في سعر السوق **يلحق الموضوع ببحث التغرير** من صور الخِلابة، لأنه غرره بقبول مبايعته على أساس سعر السوق حتى اطمأن إليه، ثم اتخذ من ذلك ذريعة إلى غبنه. وهذا هو التغرير القولي في السعر.

(٣) رواه الطبراني في الكبير ٨: ١٢٦ (٧٥٧٦) عن أبي أمامة الباهلي، وفيه موسى بن عمير الأعمى وهو ضعيف جداً. وله لفظ آخر عند البيهقي ٥: ٣٤٨: «من استرسل إلى مؤمن فغَبَنَه كان غبنه ذلك ربا» وفيه الرجل نفسه. ثم أسنده البيهقي عن جابر وأنس بلفظ: «غبن المسترسل ربا» وفيه يعيش بن هشام القرقيسياني. قال البيهقي: هو أضعف من موسى بن عمير.

يكن مسترسلاً، وليس له خيار، لأنَّ غبنه عندئذ قد جاء من عَجَلته وتقصيره.

(ب) وأما **تلقي الركبان** فهو أن يخرج الشخص إلى ضاحية البلد ليتلقى القادمين ببضائعهم من القرى والبوادي إلى المدينة، فيشتري منهم ما يحملونه إلى السوق، أو يبيعهم ما يريدون شراءه. فإن غبنهم بالنسبة إلى سعر السوق كان لهم الخيار في إبطال العقد في الاجتهاد الحنبلي ولو لم يتخذ معهم شيئاً من أساليب الخداع.

وحجة الإمام أحمد بن حنبل في ذلك ما ثبت في السنة النبوية وأخرجه الإمام مسلم[1] في صحيحه من أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقي الركبان **وجعل لهم الخيار** إذا هبطوا السوق فوجدوا أنَّ من تلقاهم فباعهم أو ابتاع منهم قد غبنهم (ر: المغني، والشرح الكبير ٤/ ٧٧ ـ ٨٩ و ٩٠).

---

(١) رواه البخاري ٣/ ٩٢، ٩٤، ومسلم في البيوع ٣/ ١١٥٦ من حديث ابن عمر (١٥١٧)، وأبي هريرة (١٥١٩)، وابن عباس (١٥٢١).

الفصل السادس والثلاثون

عيوب الرضا ـ الغلط

٣٦/ ١ ـ تعريف وتمهيد:

الغلط هو: توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه.

وذلك كمن اشترى شيئاً يظنه جيداً وهو رديء؛ أو يظنه يساوي الثمن الذي اشتراه به وهو لا يساويه، أو باع سجادة مثلاً ظاناً أنها من السجاد المعتاد فإذا هي أثرية نادرة، أو خَارَجَ[١] عن حصته الإرثية يظنها السدس فإذا هي ثلث، أو وهب إحدى فرسيه وهو يظنها الأخرى؛ أو كان له بيتان شرقي وغربي فآجر الشرقي وهو يظنه الأصغر فإذا هو الأكبر؛ وهلم جراً. . .

هذا، وإذا رجعنا إلى ما سبق بيانه آنفاً في بحث الخِلابة نرى أن التوهم موجود لدى العاقد المخلوب أيضاً، لأنَّ في الخِلابة إيهاماً من أحد العاقدَين للآخر في السعر أو في الصفة. فعنصر التوهم مشترك في كل من الخِلابة والغلط؛ ولكن الفرق بينهما هو أنَّ الوهم الحاصل في الخِلابة ناشىء من فعل فاعل مسؤول. أما في الغلط فإنَّ التوهم تلقائي، أي ناشىء في خَلَد صاحبه من تلقاء نفسه، لا من فعل العاقد الآخر.

عاملان متضادان: احترام الإرادة، واستقرار التعامل:

وفي هذا المقام ونظائره يقف الفقه والتشريع أمام عاملين متضادين

---

(١) **المخارجة هي**: بيع أحد الورثة حصته الإرثية من التركة للوارث الآخر.

كلاهما واجب الرعاية، واعتبار أحدهما ينافي اعتبار الآخر، وهما: احترام إرادة العاقد، واستقرار التعامل.

أ ـ فاحترام إرادة العاقد يستلزم أن نعتبر إرادة العاقد الحقيقية التي ينطوي عليها ضميره. فإذا جاء في تعبيره (وهو الإرادة الظاهرة) غلط فكانت هذه الإرادة الظاهرة من العاقد مختلفة عن إرادته الباطنة الحقيقية المتفقة مع تصوره وتوهمه وجب عندئذ أن تعتبر إرادته غير سليمة، وأن يفسح له مجال إبطال العقد. هذا ما يستلزمه مبدأ احترام إرادة العاقد لو أنه انفرد في الميدان.

ب ـ ولكن هناك مصلحة عامة في ميدان التعامل تستلزم عكس ذلك تماماً، وهي مصلحة استقرار التعامل.

ومعنى استقرار التعامل أن تكون تصرُّفات الإرادة التي يتعامل فيها الناس بعضهم مع بعض بطريق التعاقد الرضائي ذات نتائج ثابتة غير معرضة للانتقاض بأسباب يجهلها المتعاقد وليس هو المقصِّر في اجتنابها، وذلك لكي يستطيع أن يبني أموره على نتائج معاملاته وهو مطمئن إلى استقرارها، وعلى ثقة بثباتها. فهذا النظر إلى مصلحة استقرار التعامل يقتضي اعتماد الإرادة الظاهرة من الإيجاب والقبول، وأن لا يكون لغلط أحد العاقدين تأثير في قوة هذا الارتباط العقدي لأنَّ العاقد الآخر يتعذر عليه معرفة غلط رفيقه ما لم تدل عليه دلائل واضحة. وكل عقد يمكن أن يكون أحد عاقديه غالطاً في ناحية منه، فإذا ساغ له إبطال عقده بسبب الغلط كان ذلك مفاجأة للعاقد الآخر، فينتفي اطمئنان كل عاقد إلى نتائج عقده لاحتمال أن يكون رفيقه واقعاً في غلط.

لذلك، وترجيحاً لمصلحة استقرار التعامل، لم يهتم الفقه الإسلامي كثيراً بالغلط في العقد كما اهتم الفقه الأجنبي، ولم يفرد فقهاء الإسلام نظرية الغلط ببحث يصوغها صياغة مستقلة كما صاغوا نظرية الإكراه، لأنَّ الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة (الإيجاب والقبول) أساساً في بناء

العقد[١] ما دامت الإرادة الباطنة الحقيقية خفية كما تقدم (ف ٣٢/ ٤).

وهكذا كانت مسائل الغلط في الفقه الإسلامي غير مجموعة في بحث خاص، بل متفرقة موزعة في موضوعات ومباحث شتى ذات صلة به، كظهور العيب في المبيع، وكفوات الوصف، أو اختلاف الجنس في المعقود عليه، وكخيار الرؤية، كما سنرى.

ولذا كان على من يريد صياغة نظرية للغلط التعاقدي في الفقه الإسلامي على غرار نظرية الغلط في الفقه الأجنبي أن يلتقط مسائلها وقواعدها وأحكامها من تلك الفصول والمباحث ذات الصلة بها. وهذا ما نحاوله هنا بقدر الإمكان، وبقدر ما يتّسع له هذا المدخل الفقهي.

٣٦/ ٢ ـ متى يعتبر غلط العاقد عيباً في رضاه يجيز له إبطال العقد؟

بعد هذا التمهيد نقول: إنَّ من يتتبع مسائل الغلط المتفرِّقة في فصول ومناسبات عديدة من فقه المذاهب الأربعة، يخلص إلى نتيجة هي أنَّ فقهاء المذاهب لم يعتبروا الغلط العفوي من أحد العاقدين عيباً في رضاه يجيز له إبطال عقده إلا في الحالات التي يكون فيها الغلط واضحاً ليس فيه مفاجأة للعاقد الآخر.

ذلك لأنَّ الغلط إذا لم يكن واضحاً فإنَّ الإرادة الحقيقية للعاقد الغالط تكون في حيِّز الخفاء، فمن الواجب عندئذ اعتماد إرادته الظاهرة. فإعطاؤه حق إبطال العقد عند ثبوت غلطه، ـ وإن كان فيه استنقاذ له ورعاية لحقه ومصلحته ـ هو في الوقت نفسه جناية على حق العاقد الآخر ومصلحته دون أن يكون منه تسبُّب أو تقصير، وهذا ما يزعزع استقرار التعامل.

أما إذا كان الغلط واضحاً فإنَّ الإرادة الحقيقية عندئذ تكون هي أيضاً

---

(١) ويظهر هذا جلياً من تعريف العقد. ففقهاء الإسلام لم يعرفوا العقد بأنه: **اتفاق إرادتين** إلخ. . . كالتعريف القانوني، وإنما عرفوا العقد بأنه: **«ارتباط إيجاب بقبول»** إلخ. . . كما تقدم بيانه في محله (ف ٢٧/ ٢).

واضحة. فإعطاء الغالط في هذه الحال حق الإبطال هو الذي يفرضه مبدأ احترام الإرادة العقدية، ولا يخل باستقرار التعامل، لأن العاقد الآخر يكون على بينة من غلط[1] رفيقه، فلا يكون في الإبطال مفاجأة له.

٣٦/ ٣ ـ كيف يكون غلط العاقد واضحاً:

والظاهر من تتبع نصوص الفقهاء أنَّ غلط العاقد في عقده يعتبر واضحاً إذا كشف العاقد بنفسه عن مراده كشفاً صريحاً خلال التعاقد، أو كان مراده مكشوفاً ظاهراً من القرائن والدلائل. فهاتان حالتان:

٣٦/ ٤ ـ (الحالة الأولى): كشف العاقد عن مراده بنفسه كشفاً صريحاً:

فأما حالة كشف العاقد الغالط عن مراده بنفسه صراحة فكما إذا عيَّن العاقد في العقد جنس المعقود عليه، أو إذا وصفه بصفة، ثم ظهر على خلاف ذلك. وفي هذه الحال للفقهاء حكم تفصيلي حول درجة تأثير الغلط في العقد:

(أ) فإذا كان الغلط واقعاً في **جنس المعقود عليه**، كما لو باع أو اشترى فص خاتم **على أنه ياقوت**، فإذا هو زجاج، أو اشترى كيساً **من الأرز** فإذا هو قمح، فإنَّ العقد لا ينعقد أصلاً في الاجتهاد الحنفي، لأنَّ اختلاف الجنس يجعل المحل المعقود عليه معدوماً، وهو أحد مقوِّمات العقد المتقدمة الذكر (ف ٢٩/ ١)[2].

---

(١) وهذا ما يشترطه الفقه الأجنبي في اتجاهه الحديث بنظرية الغلط، حيث يشترط علماء القانون لجواز إبطال العقد بسبب غلط أحد العاقدين أن يكون العاقد الآخر على علم بغلط رفيقه.

* (٢) وهذا نظير ما يسميه علماء القانون «**الغلط المانع**» Erreur obstacle أي الذي يمنع انعقاد العقد. ومن صوره عندهم أن يغلط العاقد في **ذات الشيء** المعقود عليه، كما لو باع إحدى فرسيه، والمشتري يظن أنه قد اشترى الأخرى.

وهذا النوع، أي الغلط المانع، لا يعد في عداد عيوب الرضا لأنه يمنع الانعقاد، بينما =

(ب) وأما إذا كان الغلط في **الوصف** فإنه يميز في حكمه بين حالتين:

١ ـ إذا كان المعقود عليه معيناً بالذات لكنه غائب عن مجلس العقد، أو كان حاضراً فيه لكن العاقد لا يدرك وصفه بالمعاينة، كما لو باع نسيجاً معيناً من الجوخ على أنه إنكليزي المصدر، أو باعه على أنه أحمر وكان المشتري أعمى، أو كان البيع ليلاً في الظلام، ثم تبيَّن أنَّ المبيع على خلاف الوصف الذي سمي في العقد، فإنَّ المشتري مخيَّر في إبطال العقد، لفوات وصف مشروط في محل العقد، فلا يعتبر رضاه سليماً بفواته. وهذا يسمى: **خيار الوصف**.

٢ ـ وإذا كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد مكشوفاً مشاراً إليه تحت مشاهدة العاقد، وكانت صفته مما يدرك بهذه المشاهدة كالألوان والحجوم، بأن قال البائع مثلاً: بعتك هذا المُهر الأبيض الصغير بكذا، وهو حصان أسود كبير؛ أو قال: بعتك هذه الفرس المحجلة؛ وهي غير محجلة، أو هذه السيارة الخضراء وهي في الواقع سوداء، فقبل المشتري

= أن عيوب الرضا كلها شوائب فرعية ينعقد معها العقد لكمال مقوماته، ولكنها تجعل العقد قابلاً للإبطال بمشيئة الطرف الذي شيب رضاه بأحد تلك الشوائب.

ويلحظ في هذا المقام أن **اختلاف الجنس** الذي يعتبر في الفقه الإسلامي من قبيل الغلط المانع لا يعتبر في النظر القانوني غلطاً مانعاً، بل هو من الغلط الذي يعيب الرضا فقط، فينعقد معه العقد قابلاً للإبطال.

وعكس ذلك يلحظ في الغلط في ذاتية المبيع في المثال الآنف الذكر، (لو باع إحدى فرسيه، وهو أو المشتري يظن أنها الأخرى) فإنه في الفقه القانوني غلط مانع لا ينعقد معه العقد، وفي الفقه الإسلامي هو غلط غير مؤثِّر أصلاً، فينعقد معه العقد لازماً لا خيار فيه، لأنَّ الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول لما وردت في العقد على واحدة معينة من الفرسين انصرف العقد إليها وبقي الغلط في حيِّز الخفاء ليس عليه دليل قائم، فلا يكون غلطاً واضحاً، فلا يؤثِّر، حرصاً على استقرار التعامل.

بخلاف مسألة اختلاف الجنس، فإن تسمية الجنس المقصود في صلب العقد، تجعل الغلط في الجنس المخالف غلطاً واضحاً، فيؤثِّر في العقد. وبما أن اختلاف الجنس في حكم فقدان العين، لا ينعقد العقد لعدم المحل.

انعقد العقد لازماً للمشتري لا خيار له في إبطاله، لأنه غير معذور بهذا الغلط بعد المشاهدة والإشارة. واختلاف الوصف المسمى عن الواقع لا عبرة له في هذه الحال، لأنَّ الإشارة هنا في الشيء الحاضر أبلغ طرق التعريف وأقواها، فإذا اجتمع معها وخالفها ما هو دونها تعريفاً وهو الوصف الكلامي فالعبرة للإشارة. ويقرِّر الفقهاء في هذا المقام قاعدة هي: **أنَّ الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر** (المجلة/ ٦٥).

٣٦/ ٥ ـ (الحالة الثانية): كون مراد العاقد واضحاً من الدلائل:

وأما حالة كون مراد العاقد الغالط مكشوفاً واضحاً بطريق الدلالة دون تصريح منه فأمثلته كثيرة في فقه المذاهب.

ففقهاء المذهب الحنفي يذكرون أن من اشترى عبداً مشهوراً بأنه يحسن الكتابة أو الخبز فوجده ناسياً ذلك، أو اشترى جارية كانت معروفة بأنها تحسن الطبخ أو الخياطة فوجدها ناسية ذلك، فإنَّ للمشتري فسخ البيع ولو لم يشترط هذا الوصف فيهما عند العقد صراحة، لأنَّ الظاهر أنه إنما اشترى رغبة في تلك الصفة، فصارت مشروطة بطريق الدلالة (ر: رد المحتار، الجزء الرابع أواخر خيار الشرط، والبحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٣٦).

وفقهاء المذهب المالكي يصرحون بأنه «إذا باع الشخص حجراً في سوق الجواهر دلَّ ذلك على أنه إنما يبيع جوهرة، وإن لم يصرِّح بجنس الحجر في العقد، فإذا تبيَّن أنه ليس بجوهر كان للمبتاع القيام[1]. وإن باعه في غير سوق الجوهر لم يكن له قيام» (ر: شرح الحطاب على المختصر ٤/ ٤٦٦ ـ ٤٦٧).

ومما يعتبر من الأوصاف مشروطاً دلالة ولو لم يصرح به في العقد **سلامة المعقود عليه من العيوب** في عقود المعاوضة. فمن حق المشتري أو

(١) القيام في اصطلاح المالكية في مثل هذا المقام معناه حق العاقد في الادعاء والرجوع على المتعاقد معه.

المستأجر مثلاً أن يحسب المبيع أو المأجور خالياً من العيوب؛ ومن واجب البائع أو المؤجِّر معرفة ذلك وتقديره. فإذا ظهر في المبيع أو المأجور عيب كان المشتري أو المستأجر غالطاً ومعذوراً في غلطه فله الرد. ولا يكون في ذلك مفاجأة للبائع أو للمؤجر، لأنَّ عليهما أن يتوقعا ذلك[1].

هذه إجمالاً خلاصة الحالات التي يعتبر فيها غلط العاقد من شوائب الإرادة العقدية، لأنَّ غلطه واضح من حيث إن العاقد قد كشف عن إرادته بنفسه صراحة، أو أن إرادته مكشوفة بطريق الدلالة. فإذا خالف الواقع مراده المكشوف كان معذوراً في غلطه الذي عاب رضاه، لوضوح الغلط بالنسبة إلى العاقد الآخر، فلا يكون فسخ العقد مفاجأة له مخلَّة باستقرار التعامل.

---

(١) يقول الأستاذ السنهوري في كتابه الجديد **«مصادر الحق في الفقه الإسلامي»** ٢/ ١٣٠ الطبعة الأولى:

«سلامة الشيء من العيوب شرط ضمني في العقد تقتضيه طبائع الأشياء. فإذا ظهر عيب في الشيء، تبيَّن أن المشتري كان واهماً عندما اعتقد أن الشيء سليم من العيب. ومن هنا كان خيار العيب متصلاً أوثق الاتصال بنظرية الغلط، بل هو ليس إلا صورة من صوره المتعددة».

ويقول الإمام الكاساني من فقهاء الحنفية في كتابه **«البدائع»** في بحث خيار العيب (٥/ ٢٧٤):

«السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً، فإذا فاتت المساواة كان له الخيار... لأن البيع عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة... ولأنَّ السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه. وهذا يوجب الخيار لأنَّ الرضا شرط صحة البيع... فانعدام الرضا يمنع صحة البيع؛ واختلاله يوجب الخيار فيه، إثباتاً للحكم على قدر الدليل».

وهذا البيان من صاحب البدائع كما ترى صريح في أنَّ حكم خيار العيب في الفقه الإسلامي مبنيٌّ على أساس أن رضا المشتري قد اختل بظهور العيب في المبيع، فهو من قبيل شوائب الإرادة المسماة عيوب الرضا.

وقد قدمنا (ف ٣٥/ ٥) أنَّ تدليس العيب يدخل في صور **الخلابة**.

ونضيف هنا أنَّ العيب الذي لم يدلسه البائع تدليساً على المشتري بل كان يجهله البائع نفسه يمكن عده من قبيل الغلط. وسنرى أيضاً أنه يمكن عده من صور **اختلال التنفيذ** الذي هو العيب الرابع الأخير من عيوب الرضا.

٦/٣٦ ـ الغلط غير الواضح:

فإذا كان الغلط خفياً غير واضح بأن لم يكشف العاقد عن مراده، ولم يكن مكشوفاً من الدلائل والقرائن، فإنَّ الفقه الإسلامي لا يعتد عندئذ بغلط العاقد، لأنَّ العبرة للإرادة الظاهرة من الإيجاب والقبول ما دامت الإرادة الحقيقية في طيِّ الخفاء، حرصاً على استقرار التعامل؛ لأنَّ التضحية بمصلحة العاقد الشخصية الجزئية عندئذ أولى من التضحية باستقرار المعاملات، وباطمئنان المتعاقدين إلى ثبات نتائجها، وثقتهم بها.

وعلى هذا الأساس يقرر الفقهاء أنَّ من باع مصلى (سجادة) دون أن يذكر نوعه، وهو يظنه من قطن أو كتان، فتبيَّن أنه من الخزّ فليس له خيار. وكذا لو اشتراه على ظن أنه خز فظهر خلافه، فهو ملزم به ولا خيار له. نقل ذلك الحطَّاب عن مالك، (وهذا بخلاف ما لو **اشترط** المشتري في العقد شرطاً أنه من الخز فظهر من القطن، حيث يكون له خيار الوصف فيحق له فسخ العقد إن شاء، لأنَّ إرادته عندئذ مكشوفة بالشرط، فيكون غلطه معذوراً يعيب رضاه). وكذا من باع أو اشترى بعيراً[1] وهو يظنه ناقة فإذا هو جمل. إلا أن يكون ظاهر حاله أنه يشتريها لأجل اللبن فعندئذ يكون غلطه واضحاً لأنَّ إرادته مكشوفة بدلالة الحال (ر: البحر الرائق ٦/٢٦ ورد المحتار ٤/أواخر خيار الشرط، وشرح المختصر للحطاب ٣/٤٦٦).

ومثل ذلك ما نقل الحطاب عن مالك فيمن باع حجراً (وسماه هكذا: **حجراً**) ثم تبيَّن أنه ياقوت وهو يجهل أنه ياقوت، إنَّ البيع لازم ولا خيار له، ولو كان المشتري يعلم أنه ياقوت. وذلك لأنَّ الحجر اسم جنس عام يشمل الياقوت وغيره، فقد سماه باسم يصلح له[2] «أما لو قال المشتري

---

(١) البعير اسم شامل للذكر والأنثى من الإبل، كالغنمة من الشياه، فإنها شاملة للكبش والنعجة، لأن الهاء في «الغنمة» ليست للتأنيث بل للوحدة.

(٢) فهنا وقع البائع في غلط لكن إرادته غير مكشوفة فكان غلطه غير واضح فلم يعتد به. بخلاف ما لو باع مبيناً أنه غير ياقوت فتبيَّن ياقوتاً، أو اشترى ياقوتاً فتبيَّن خلافه، فإنَّ =

لبائع الثياب: اخرج لي ثوباً مروياً[1] بدينار، فأخرج له ثوباً أعطاه إياه، ثم وجده من أثمان أربعة دنانير، فالبائع هنا يحلف[2] ويسترد ثوبه».

قال الحطاب في تعليل ذلك:

«ووجه تفرقة مالك بين الذي يبيع الياقوتة جاهلاً، وبين من قصد إخراج ثوب بدينار فأخرج ثوباً بأربعة، أنَّ الأول قد جهل وقصر إذ لم يسأل من يعلم ما هو؟ والثاني قد **غلط غلطاً** لا يمكن التوقي منه، فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه».

وفي هذا التعليل الوجيه للتمييز في الحكم بين المسألتين المتشابهتين تتجلى لك خلاصة المبدأ الفقهي العام الذي استخلصناه وقررناه في الغلط، من حيث كونه **غلطاً واضحاً** في إرادة مكشوفة فيعيب الرضا إذ لا يُخِلُّ باستقرار المعاملات، أو كونه **غلطاً خفياً** في إرادة خفيّة فلا يعتد به. فهنا يعلم كل من البائع والمشتري أنَّ المبيع ثوب مروي بدينار. فإذا أخذ المشتري ثوباً بأربعة دنانير فإن فسخ العقد لا يكون مفاجأة له إذا حلف البائع على غلطه واسترد ثوبه (ر: مصادر الحق للأستاذ السنهوري ص/١٢٣).

٣٦/٧ ـ حالة استثنائية يعتبر فيها الغلط عذراً ولو كان خفياً:

خيار الرؤية:

هناك حالة اعتبرها الشرع الإسلامي مظنة لغلط العاقد؛ فمنحه فيها حق الإبطال إن شاء لاحتمال غلطه، وهي حالة شراء شيء لم يره

= البيع لا يُلزم البائع، والشراء لا يُلزم المشتري لأن الإرادة مكشوفة بالتسمية أو الاشتراط فالغلط واضح (ر: مصادر الحق للأستاذ السنهوري ص/١٢٣).

(١) الثوب المروي: منسوب إلى مرو (بفتح فسكون) بلدة من بلاد فارس مشهورة بصنع الثياب. والنسبة إليها في الأشياء: مروي، وفي الأشخاص: مروزي بزيادة زاي معجمة بعد الواو على خلاف القياس. (ر: المصباح).

(٢) أي يحلف أنه قد غلط غلطاً في إعطاء الأغلى ظاناً أنه الأرخص.

المشتري، فقد ورد في الحديث النبوي: **«من اشترى ما لم ير فله الخيار إذا رأى»**[1].

وقد أخذ الاجتهاد الحنفي بهذا الحديث فقرَّر أن من يشتري **شيئاً معيناً بالذات** لم يره فله حق الإبطال إذا رآه فلم يوافقه. ويسمى هذا الحق: **خيار الرؤية**. ويسقط هذا الخيار بالرضا صراحة أو دلالة بعد الرؤية، كما يسقط بكل تصرُّف يوجب حقاً للغير، كما لو باع المشتري ما اشتراه قبل أن يراه.

ويعلل الفقهاء مشروعية هذا الخيار بأنه لدفع الضرر عن المشتري إذ قد يجد أنَّ الشيء الذي اشتراه لاحتياجه إليه هو غير ملائم لحاجته لأنه لم يره، فيتضرر بإلزامه، فإذا كان قد رآه حين التعاقد أو قبله بمدة لم يتغيَّر خلالها فليس له خيار، لأنه اشترى على علم.

ولا يثبت هذا الخيار للبائع إذا باع ما لم ير، لأنَّ الحديث النبوي لم يثبته إلا لمن اشترى. ووجه ذلك أنَّ غاية الشراء عادة هي استعمال عين الشيء في سد حاجة المشتري، فقد يتبيَّن غير ملائم لهذه الحاجة، بخلاف البائع فإنَّ حاجته إلى الثمن لا إلى عين المبيع، فلا يتأتى في جانبه هذا الاعتبار.

والمراد من الرؤية هنا الاطلاع في كل شيء بحسبه، لا خصوص

* (1) رواه البيهقي ٥:٢٦٨ ـ ومن قبله ابن أبي شيبة ٦: ٧ (١٨) ـ عن مكحول مرسلاً، وفيه أبو بكر بن أبي مريم، وهو ضعيف، قال ابن الهمام في «فتح القدير» ٥:٥٣١: «عمل به ـ أي بالحديث ـ مالك وأحمد، وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدلَّ قبول العلماء على ثبوته.. وقد روي الحديث أيضاً مرفوعاً. رواه أبو حنيفة..» ويراجع لزاماً «إعلاء السنن» ١٤:٤٩ فما بعد، وفي ص ٥١ نقل عن الإمام محمد بن الحسن قوله في «الحجة» ص ٢٣٦: «الحديث المعروف الذي لا يشك فيه عن النبي ﷺ وعليه أمور المسلمين إلى يومهم هذا في الآفاق، أن رسول الله ﷺ قال: «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه».

المشاهدة بالعين: فرؤية المسك مثلاً وسائر العطور تكون بشمها لا بمشاهدتها، ورؤية النسيج بلمسه مع المشاهدة، ورؤية شاة اللحم بجسها، ورؤية المطعومات بذوقها، وهكذا...

ويلحظ هنا في خيار الرؤية أنَّ الشارع الإسلامي يقدِّر احتمال الغلط بالنسبة إلى حاجة المشتري تقديراً عاماً، فيثبت الخيار لكل من اشترى شيئاً معيناً لم يره، ولا يجعل هذا الخيار متوقفاً على إثبات وقوع الغلط فعلاً من المشتري. فقد اعتبر الشارع شراء ما لم ير **مظنة عامة** للغلط، كما قلنا، وترك الحكم في ذلك لرأي المشتري نفسه لأنه أدرى بحاجته.

ويلحظ أيضاً أنَّ وصف الشيء غير المرئي عند بيعه لا يغني عن الرؤية، ولا يمنع ثبوت الخيار للمشتري[1].

وأهم ما يلحظ بالنسبة إلى موضوع بحثنا هنا هو أن الغلط المحتمل الذي قرر لأجله خيار الرؤية في هذا الشراء هو **غلط غير واضح** بالنسبة إلى البائع. وقد كان مقتضى القاعدة التي استخلصناها في الغلط أن لا ينهض ذلك عذراً في إبطال العقد. ولذلك اعتبرنا خيار الرؤية حالة استثنائية من قاعدة الغلط.

ويجري خيار الرؤية في جميع عقود المعاوضات، كالإجارة والصلح عن مال بمال، قياساً على البيع. وله أحكام تفصيلية تخرج عن غرضنا هنا (وهو علاقة هذا الخيار ببحث الغلط) وترى في المواد/ ٣٢٠ ـ ٣٣٥/ من المجلة، وفي كتاب البيع من مدونات الفقه الحنفي.

---

* (١) وهذا خلاف ما أخذ به القانون المدني السوري في المادة /٣٨٧/ منه، فقد اعتبر أن ذكر الأوصاف الأساسية للشيء المبيع في عقد البيع يمنع المشتري من حق إبطال البيع بحجة عدم العلم الكافي بالمبيع إذا جاء مطابقاً للأوصاف المذكورة.

وعند مالك لا يثبت خيار رؤية لمشتري الشيءْ الغائب المعين إلا إذا اشترطه على البائع. (ر: كتاب الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر النمري القرطبي، ص٣٢٩ ـ ٣٣٠، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م).

٣٦/٨ ـ صور مختلفة من الغلط:

فيما تقدَّم كشفنا عن الخطوط الكبرى التي تسير فيها نظرية الغلط التعاقدي في الفقه الإسلامي، وجمعنا هذه الخطوط المتفرقة لكي يظهر منها مخطط النظرية.

وقد عرضنا أمثلة ونصوصاً يدور الغلط فيها حول محل العقد (المعقود عليه) ذاتاً وجنساً وصفة.

وهناك في الفقه الإسلامي صورٌ أخرى من الغلط في نواحٍ أخرى من متعلقات العقد نظير النواحي التي يعتد بالغلط التعاقدي فيها الفقه الأجنبي، كالغلط في شخص العاقد، وكالغلط في القيمة، وفي الحكم الشرعي. فنختم بحث الغلط ببعض أمثلة وإيضاحات موجزة حولها استكمالاً للبحث.

٣٦/ ٩ ـ الغلط في شخص العاقد:

قد يغلط أحد العاقدين في شخص المتعاقَد معه، فيظنه فلاناً وهو غيره، أو يظنه ذا صفة خاصة من قرابة أو كفاءة أو غيرهما فيظهر بخلاف ذلك.

ولا شك أنَّ الغلط في شخص العاقد إنما تظهر أهميته عندما يكون لشخص العاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد.

أما إذا لم يكن كذلك فلا ينبغي أن يكون للغلط في شخص العاقد تأثير، كتاجر يبيع شيئاً من مشترٍ طارىء يظنه فلاناً وهو غيره.

فهدف البائع بوجه عام هو قبض ثمن سلعته أياً كان المشتري، فلا تأثير لمثل هذا الغلط[1].

---

(١) وهذا المبدأ هو الذي يعتمده الفقه القانوني في قضية الغلط في الشخص.

أما إذا كانت صفة العاقد ذات اعتبار في موضوع العقد فهنا موطن التأثير.

وقد نصَّ فقهاء الإسلام في عقود وتصرفات عديدة نصوصاً تدل على اعتماد هذا المبدأ:

أ ـ ففي عقد الزواج إذا ظهر في أحد الزوجين مرض يضرُّ بالحياة الزوجية ـ جنسياً كان المرض أو غير جنسي ـ كالجنون والجذام، وكان موجوداً قبل العقد ولم يعلم به الزوج الآخر، فقد أقرَّ الفقهاء لهذا الزوج الآخر خياراً في فسخ العقد إن شاء[١].

فهنا كما ترى قد غلط أحد الزوجين في صفة الآخر، إذ ظنه سليماً وهو غير سليم. وللشخص في عقد الزواج اعتبار أساسي، والصفة محل الغلط أساسية أيضاً بالنسبة لمقاصد الزواج.

ب ـ وفي الإجارة نصوا على أنه لو استأجر شخص ظِئراً[٢] لطفله، ثم تبيَّن أن الولد لا يأخذ ثديها، أو أنه يتقايؤ لبنها، أو أن لبنها غير صالح لتغذيته (كما لو كانت حاملاً مثلاً)، أو أنها حمقاء سيئة الخلق، أو سارقة، أو فاجرة فجوراً بيِّناً[٣]، فإنَّ لأهل الطفل فسخ الإجارة قبل انتهاء الأجل، لأن عكس هذه الصفات له اعتبار أساسي بالنسبة لمقاصد العقد، فتكون هذه الصفات معذرة لهم في فسخ العقد.

ج ـ وفي الشفعة[٤] نصُّوا على أنه إذا أبلغ الشفيع أنَّ المشتري فلان،

---

(١) وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصية في سوريا وبلاد أخرى.

(٢) الظئر (بكسر فسكون) المرأة المرضع تُستأجر لإرضاع طفل والقيام بمصالحه.

(٣) لأنَّ السارقة يخشونها على أمتعتهم، والفاجرة تلتهي بفجورها عن القيام بمصالح الطفل، وقد تحمل من الفجور فيفسد لبنها (المبسوط للسرخسي ١٥/١١٩ ـ ١٢٢).

(٤) الشفعة حق أولوية ممنوح شرعاً للشريك في العقار، إذا باع شريكه حصته، أن يحل محل المشتري في أخذها بثمنها الذي بيعت به، دفعاً لسوء الجوار وجمعاً للحصص الشائعة. ويسمى الشريك صاحب حق الشفعة: شفيعاً. انظر ما تقدم في نظرية الملكية (ف ٢٣/٧).

فلم يطلب الشفيع الأخذ سَقَط حقه في الشفعة. فإذا تبيَّن أن المشتري شخص آخر لا يرضى جواره يبقى على حقه في طلب الأخذ بالشفعة، «لأنَّ الناس يتفاوتون في المجاورة، فرضاه بجواره لا يكون رضى منه بمجاورة غيره. فإذا تبيَّن أن المشتري غير من سمي له فهو على حقه» (المبسوط للسرخسي ١٤/ ١٠٥)[1].

٣٦/ ١٠ ـ الغلط في القيمة:

الغلط في قيمة المعقود عليه إنما يعيب رضا العاقد من حيث الغبن الذي يؤدي إليه.

ولذا يمكن القول أنَّ جميع صور الغبن الفاحش المتقدِّمة في بحث الخِلابة، مما يمنح فيه العاقد المغبون حق إبطال العقد ـ في الحالات التي يشترط فيها التغرير أو لا يشترط ـ تعتبر من قبيل الغلط في القيمة.

ولكن بما أن بحثنا هنا إنما هو **الغَلَط العفوي** الذي يقع فيه العاقد من تلقاء نفسه دون خِلابة وخداع من العاقد الآخر، لذلك تكون حالات **الغبن المجرد** التي توجب حق الإبطال بلا اشتراط التغرير ـ وهي الغبن الفاحش في مال بيت المال، والوقف، واليتيم ـ كلها تعتبر هنا من أمثلة الغلط في القيمة فليرجع إليها (ف ٣٥/ ٨).

وكذلك يمكن أن يعتبر من قبيل الغلط في القيمة مسألة غلط البائع بين ثوب بدينار وثوب بأربعة دنانير، وهي التي نقلناها عن فقهاء المالكية آنفاً في موضوع وضوح الغلط (ف ٣٦/ ٦).

٣٦/ ١١ ـ الغلط في الحكم الشرعي[2]:

(١) يلحظ هنا أن رضا الشفيع بالمشتري ليس عقداً بل هو تصرُّف من تصرفات الإرادة مسقط للحق، وقد أثَّر فيه الغلط في الشخص كتأثيره في العقود، فهو يؤيِّد المبدأ الفقهي الذي استخلصناه في قضية الغلط.

(٢) ويسميه علماء القانون: غلطاً في القانون. أما الغلط في جميع النواحي الأخرى من العقد فيسمونه: غلطاً في الواقع.

الغلط في الحكم الشرعي معناه أن العاقد كان يجهل هذا الحكم عند التعاقد.

والأصل أنَّ الجهل بالشريعة لا يعتبر عذراً مانعاً من تنفيذ أحكامها على الجاهل، وإلا تملص معظم الناس من تنفيذ أحكام الشريعة على تصرفاتهم وأعمالهم بحجة أنهم جاهلون: فمن جنى جناية أُنفذت فيه عقوبتها، ومن عقد عقداً نفذت في حقه أحكامه ولو كان يجهلها.

وعلى هذا، من خارج[١] **على حصته من التركة** بمبلغ قبضه وهو يظن أنَّ حصته الربع مثلاً، وهي في الواقع نصف التركة، فالبيع نافذ لازم، ولا خيار له.

ولكن هناك حالات يعتبر الفقهاء فيها جهل المكلف بالحكم الشرعي عذراً له إذا كان في وضع لا يعتبر فيه مقصراً بالجهل. وهذا كثير في غير العقود.

من ذلك ما يقرره الفقهاء أنَّ من أسلم في غير دار الإسلام فشرب الخمرة جاهلاً بحرمتها لا يعاقب بحد الشرب لأنه معذور بهذا الجهل. بخلاف المسلم المقيم في دار الإسلام إذا شرب جاهلاً، فإنه يعاقب بالحد لاشتهار أحكام الإسلام، فجهله بها تقصير وليس بعذر.

وهناك أمثلة أخرى كثيرة على المعذرة الشرعية بسبب الجهل[٢]. (ر: الأشباه والنظائر لابن نُجيم مع حاشية الحموي في أحكام الجهل ٢/١٣٨).

---

(١) **المخارجة**: هي بيع أحد الورثة حصته الإرثية من التركة لوارث آخر (ر: ف ٤٦/ ٢٠).

(٢) **ملاحظة**: قد بحث الأستاذ السنهوري بحثاً مستفيضاً موفقاً عن الغلط التعاقدي في الفقه الإسلامي في الجزء الثاني من كتابه الجديد: **«مصادر الحق في الفقه الإسلامي»** الذي صدر بعد الطبعة الثالثة لهذا المدخل الفقهي.

وقد اعتمدنا على بحثه هذا في الغلط واقتبسنا منه في هذه الطبعة الجديدة لهذا المدخل.

الفصل السابع والثلاثون

عيوب الرضا الطارئة بسبب اختلال تنفيذ العقد

٣٧/ ١ ـ تمهيد:

الأصل أن تنفيذ العقد هو مرحلة لاحقة مستقلة عن مرحلة تكوينه. فبعد تمام الانعقاد بالتراضي الصحيح يقوم كل من العاقدَين بتنفيذ ما يلقيه العقد على عاتقه من التزامات. فإذا امتنع أحدهما أجبر على التنفيذ بقوة القضاء بناء على طلب صاحب الحق. فتنفيذ العقد إذن هو من مباحث آثار العقد ومتعلقاتها، لا من مباحث عيوب الرضا المتصلة بمرحلة تكوين العقد. ذلك لأنَّ تنفيذ العقد الصحيح معناه تحقيق ما قد تم **التراضي عليه سابقاً بصورة سليمة** في ذلك العقد. فوجود الرضا وسلامته من الشوائب التي تعيبه إنما هو ضروري في مرحلة الانعقاد. أما بعد ذلك فليس من الواجب أن يتم التنفيذ بالتراضي كما يتم الانعقاد، بل كثيراً ما يقع التنفيذ بقوة القضاء جبراً على الطرف الممتنع بعد أن يكون رضاه عن التعاقد سليماً كما بيناه.

وهذا الإجبار القضائي على التنفيذ لا يخل بالرضا المطلوب في انعقاد العقود، بل هو احترام لهذا الرضا الذي سبق وجوده سليماً، وأنشأ بين المتعاقدين حقوقاً ووجائب ملزمة لهما شرعاً في حدود حقوقهما الخاصة التي يملكان التصرف فيها.

غير أن هناك حالات من اختلال التنفيذ لها صلة وثيقة بالتراضي السابق. وذلك في حالات لا يستطيع فيها القاضي أن يحقق تنفيذ العقد بالشكل الذي وقع عليه التراضي إذا طلب إليه ذلك. فعندئذ يعتبر لاختلال

التنفيذ ـ سواء أكان بتقصير من أحد العاقدين، أو بسبب لا يد له فيه ـ تأثير رجعي في ذلك الرضا السليم السابق من العاقد المتضرر فيصبح غير سليم، لأنَّ ذلك الرضا لم يوجد منه إلا على أساس الوصول إلى تنفيذ العقد وفقاً لحدوده المتفق عليها[1].

وأشهر حالات هذا النوع من اختلال التنفيذ الذي يعيب الرضا السابق أربع:

أ ـ تفرق الصفقة.

ب ـ ظهور عيب غير مدلس في المبيع.

ج ـ ظهور المبيع مرهوناً أو مأجوراً.

د ـ امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الإجبار فيه على التنفيذ العيني. وإيضاح ذلك فيما يلي:

٢/٣٧ ـ (أ) تفرق الصفقة[2]:

تفرق الصفقة معناه تجزئة العقد، ويكون ذلك في عقود المعاوضات المالية عندما يحدث ما يستوجب هذه التجزئة، كما لو اشترى شخص شيئاً فهلك بعضه في يد البائع قبل التسليم. فالبيع في هذه الحال يبطل حتماً في حق الجزء الهالك من البيع لفقدان محل العقد، إذ لا عقد بلا محل. وهكذا تتفرق الصفقة على المشتري لأنه اشترى الكل فلم يتحقق له إلا بعضه، فيضطر أن يتمم مطلوبه بصفقة أخرى ربما لا تتيسر له، أو تكلفه

---

* (١) علماء القانون يفصلون فصلاً نهائياً بين مرحلة الرضا في العقد ومرحلة تنفيذه. وبحسب النظر القانوني لا يمكن رجوع شيء من حالات اختلال التنفيذ إلى عيوب الرضا ولو تعذر التنفيذ العيني، لأنه يوجد في القانون عند تعذر التنفيذ العيني طريق أخرى لتنفيذ العقد جبراً هي: التنفيذ بطريق التعويض.

(٢) **الصفقة** في لغة العرب تستعمل بمعنى العقد. وأصلها أنهم كانوا عندما يتفق المتبايعان يضرب أحدهما بيده على يد الآخر عنواناً على الاتفاق (ر: المصباح).

ثمناً أكثر. ففي هذه الحال يمنح المشتري خياراً في أخذ الباقي **بحصته من الثمن** أو إبطال العقد (رد المحتار: أول خيار الشرط ٤٦/٤). ومعنى ذلك أن تفرق الصفقة ـ الذي هو اختلال التنفيذ ـ قد **عاد على الرضا السابق** فعابه، لأنَّ المشتري لم يصدر منه ذلك الرضا إلا على أساس شراء جميع المعقود عليه، لا بعضه فقط.

ومثل ذلك يقال فيما إذا لم يحدث سبب تفرق الصفقة بعد العقد ـ كالهلاك ـ بل كان موجوداً قبل التعاقد لكنه كان خفياً فظهر بعد التعاقد، كما لو بيع شيء محدد المقدار فظهر أنقص من القدر المسمى في العقد. فهذا أيضاً تفرق للصفقة يختل فيه التنفيذ ويعيب الرضا، فيوجب الخيار للمشتري بطريق الأولوية (ر: المجلة/ ٢٢٣ ـ ٢١٨/ ومرشد الحيران ٣٥٤ ـ ٣٥٨) ذلك لأنَّ نقصان المحل مصاحب في الواقع تكوين العقد وإنّ تأخر ظهوره ومعرفته. فهو أشبه بالغلط الواقع حين التعاقد، بل يمكن اعتباره أيضاً صورة من الغلط.

ومثل ذلك أيضاً ما لو بيع شيء تضره التجزئة، فظهر مستحق[1] لبعضه. فإن المشتري يخيَّر في حق الباقي، لانتقاض التنفيذ في الجزء الذي استحق، فيختل الرضا السابق لاختلال التنفيذ. (ر: الدرر أواخر باب الاستحقاق ١٩٣/٢ ومرشد الحيران/ ٤١٢).

٣/٣٧ ـ (ب) ظهور عيب في المبيع غير مدلس:

تقدَّم أن العيب في الشيء المبيع إذا دلسه البائع على المشتري تدليساً فإنه يعتبر من قبيل **الخِلابة**، ويوجب الخيار للمشتري. (ف ٥/٣٥).

---

(١) الاستحقاق هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره، ويثبتها بالبينة ويقضى له بها. فإذا كان الشيء المستحق قد وصل إلى ذي اليد بطريق الشراء، يتبين أن البائع قد باع ما لا يملك، فينفسخ البيع ويرجع المشتري على البائع بالثمن، كما يرجع هذا البائع على بائعه أيضاً، وهكذا...

والاستحقاق قد يقع على الشيء، وقد يقع على بعضه فقط فيسمى: **استحقاقاً جزئياً**.

أما العيب غير المدلس ـ وهو الذي لم يكن البائع نفسه يعلم به ـ فقد تقدَّم أنه يعتبر من قبيل **الغلط**، ويثبت فيه الخيار أيضاً للمشتري ولو لم يوجد من البائع خلابة، لأن المفروض أن المشري إنما يشتري على أساس السلامة من العيوب الخفية فإذا تبيَّن خلافه كان واهماً وواقعاً في غلط واضح، لأنَّ إرادته في قصد السلامة تعتبر مكشوفة، ومن المقرر في القواعد: **أن العبرة في العقود للمقاصد.**

وهنا نرى أيضاً أنَّ العيب غير المدلس، كما يمكن عده في الغلط، يمكن اعتباره أيضاً من قبيل اختلال التنفيذ ـ ولا سيما إذا حدث العيب في المبيع وهو في يد البائع بعد البيع قبل التسليم ـ لأنه إذا كان المفروض في العقد سلامة المبيع، فبظهور العيب يختل التنفيذ اختلالاً لا يمكن تلافيه قضائياً. ذلك لأنَّ القاضي لا يستطيع بسلطته أن يحقق تنفيذ البيع وفقاً لما تمَّ عليه التعاقد، فيعيد الشيء المعيب سليماً. وبهذا الاختلال في التنفيذ **يختل رضا المشتري**، نظير ما تقدم في حالة تفرق الصفقة، فيمنح حق الإبطال المسمى: **خيار العيب**[1]. (ر: رد المحتار ٤/ ٧٢ والمجلة/ ٣٣٦ ـ ٣٣٧).

٣٧/ ٤ ـ (ج) ظهور المبيع مرهوناً، أو مأجوراً:

إذا باع شخص شيئاً، ثم تبيَّن أن المبيع مرهون لدى شخص آخر، أو مأجور له ولما تنقض مدة الإجارة، والمشتري لا يعلم ذلك عند الشراء، كان له الخيار. ذلك لأن المبدأ العام في العقود أنَّ العقد بين اثنين لا يمكن أن تتأثر به حقوق مكتسبة لغيرهما، لأنَّ العاقدين لا سلطة لهما إلا على حقوقهما الخاصة.

---

(١) نعيد هنا إلى الذاكرة ما نقلناه سابقاً عن الإمام الكاساني في حاشية الفقرة (٣٦/ ٥) من قوله في تعليل خيار العيب: «... **ولأن السلامة لما كانت مرغوب المشتري ولم يحصل، فقد اختل رضاه**».

ففي مثالنا حق المستأجر في منفعة المبيع المأجور بقية مدة الإجارة، وحق الدائن المرتهن في احتباس المبيع المرهون حتى وفاء الدَّين، هما حقان مصونان لا ينقضهما بيع المالك المؤجر أو الراهن.

ونتيجة ذلك أنَّ المشتري لا يستطيع المطالبة بتسليمه المبيع الذي اشتراه حتى تنقضي الإجارة، أو يفك الرهن. وبذلك يختل تنفيذ البيع، ويختل تبعاً لذلك رضا المشتري الذي لم يشتر إلا على أساس أنه سيستلم المبيع من فوره، وهو لا يعلم أنه مرهون أو مأجور.

فلذا يعتبر الفقهاء هذه الحال عيباً يلحق رضا المشتري، فيمنحونه خياراً يخيِّر بموجبه: بين أن ينتظر انتهاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن لكي يتسلَّم المبيع، أو أن يطلب إبطال البيع. (ر: المجلة/ ٥٩٠ و ٧٤٧).

٣٧/ ٥ ـ (د) امتناع العاقد عن الوفاء بشرط لا يمكن الإجبار فيه:

إذا امتنع العاقد عن الوفاء بشرط صحيح اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد، فالأصل في ذلك أن يجبر الممتنع عن تنفيذ الشرط بسلطان القضاء، كما تقدَّمت الإشارة إليه (ف ٣٧/ ١). وهذا ما عليه الاجتهاد الحنفي واجتهادات أخرى.

ولكن قد تعترض هذا النظر صور وحوادث لا يمكن بحسب طبيعتها الإجبار القضائي فيها. وذلك كما لو باع شخص شيئاً بثمن مؤجّل إلى أجل، واشترط على المشتري أن يعطيه رهناً معيناً أو أن يكفله كفيل معين، وانبرم العقد على هذا الشرط، ثم امتنع المشتري عن تقديم الرهن أو الكفيل، أو رفض الشخص الثالث أن يكفل.

فالرأي الفقهي الراجح في هذه الحال أنه لا يمكن إجبار المشتري قضائياً على إعطاء الرهن المطلوب. ذلك لأنَّ الرهن عقد عيني كالتبرع فلا يصير تاماً ولازماً في حق الراهن إلا بالتنفيذ والتسليم. وهو على كل حال عقد لا ينعقد إلا بالتراضي، ولا يمكن انتزاع الرضا جبراً على صاحبه.

(ر: البدائع ٥/ ١٧١)[1].

ومثل ذلك يقال فيما إذا امتنع المشتري عن تقديم الكفيل المشروط.

وعندئذ يختل تنفيذ البيع اختلالاً لا يمكن تلافيه عن طريق القضاء، فيختل تبعاً له الرضا السابق من البائع، لأنه لم يبع إلا على أساس تقديم الرهن أو الكفيل، فيمنح حق إبطال البيع إن شاء.

وعلى هذا يجب التمييز بين **اختلال** التنفيذ **والإخلال** به:

ـ فاختلال التنفيذ هو ما يكون نتيجة لحادث لا مجال معه لتنفيذ العقد على الشكل الذي تمَّ عليه التراضي، وذلك كما في حالة تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع أو استحقاقه. وهذا الاختلال يعيب الرضا دائماً ويسوِّغ إبطال العقد.

ـ أما الإخلال بالتنفيذ فهو الذي يكون امتناعاً من أحد العاقدَين عن تنفيذ العقد بالشكل الذي تمَّ عليه التراضي. أي أنه تعنت من أحد العاقدين عن التنفيذ وهو قادر عليه.

وهذا الإخلال من أحد العاقدين لا يؤدي دائماً وحتماً إلى تعييب رضا الآخر وتخييره في إبطال العقد كما في حالة الاختلال، بل يميز فيه بين حالتين: إما أن يكون من الممكن إجبار الممتنع على التنفيذ العيني بقوة القضاء، وحينئذ لا يعيب الرضا؛ وإما أن لا يمكن فيه إجبار الممتنع، فيعود عندئذ هذا الإخلال بتأثير منعطف على الرضا السابق، فيعيبه ويجيز إبطال العقد.

وهذا التفصيل الذي رسمناه هنا في حكم الإخلال بالتنفيذ هو الذي

(١) هذا نظر أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة.
وذهب زفر بن الهذيل من أصحاب أبي حنيفة إلى أنَّ المشتري يجبر بقوة القضاء على أداء الرهن إذا امتنع، لأنَّ الرهن إذا شرط في البيع صار حقاً من حقوق العقد يجبر على تنفيذها الطرف الممتنع (ر: «البدائع» أيضاً).

تقوم على أساسه نصوص المجلة وسائر النصوص الفقهية في المذهب الحنفي[(١)].

ملاحظات

٦/٣٧ ـ يتضح مما سلف بيانه في مباحث عيوب الرضا كلها الملاحظتان التاليتان:

١ ـ أنَّ العقد في الفقه الإسلامي يقوم على أساس التراضي الحر وافتراض الصدق والأمانة وحسن النية بين المتعاقدين في إنشاء العقد ثم في تنفيذه كما تم عليه اتفاقهما، وفاقاً لقول الله تعالى في القرآن العظيم: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (سورة النساء: ٤/٢٩).

---

* (١) النظريات القانونية في آثار العقد تقضي بأن يمنح العاقد حق فسخ العقد عند امتناع العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في العقود الملزمة لجانبين كالبيع والإجارة والصلح، ولو كان من الممكن إجبار الممتنع على التنفيذ العيني قضائياً، ويسمى هذا في اصطلاح علماء القانون: **حق الفسخ** (وهم يميّزون في اصطلاحهم بين الفسخ والإبطال. **فحق الفسخ** يستعمل في هذا المقام عند امتناع العاقد عن التنفيذ؛ **وحق الإبطال** يستعمل في حالات عيوب الرضا فقط).

وحجة علماء القانون في حق الفسخ هي أن العاقد قد تفوت مصلحته في التنفيذ العيني إذا لم يتم التنفيذ في الموعد المحدد في العقد؛ فيجب أن يعطى مجالاً للتحلل من رباط العقد إن شاء، (مع تضمين العاقد الممتنع عن التنفيذ تعويضاً عما لحق رفيقه من ضرر بسبب الامتناع الذي اضطره إلى الفسخ) وبهذا أخذ قانوننا المدني الجديد في المادة /١٥٨/ منه.

والذي أرى أنَّ هذا النظر القانوني وجيه وعادل. وهو مقبول في قواعد الشريعة الإسلامية وفقهها الذي من أهم أسسه قاعدة دفع الضرر المستمدة من قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار» (ر: ف ٢/١٠ و ١٨/٨١) وإذا كانت نصوص المذهب الحنفي لا تتقبله، فإنَّ في قواعد المذاهب الأخرى ونصوص فقهائها ما يؤيده تمام التأييد كما ظهر لي من تتبع هذا الموضوع في فقه المذاهب. وانظر ما سيأتي في بحث فسخ العقد في الفصل (٦/٤٥).

وقد شرعت لتأييد هذا الأساس خيارات تُمنح للعاقد فتعطيه حقاً في إبطال العقد كلما شابت إرادته شائبة يختل معها رضاه، مما يسمى في لغة القانون: **عيوب الرضا**. وذلك إما لحماية العاقد من أن يذهب ضحية اطمئنانه إلى واجب الصدق وحسن النية المفترضين في رفيقه إذا حاول رفيقه أن يستغل اطمئنانه هذا فيغدر به، كما في صور الخلابة؛ وإما لاحترام الإرادة السابقة من العاقد عندما يطرأ بعد العقد ما يخالف مبناها ويوجب إعادة النظر فيها ولو دون تقصير من العاقد الآخر كما في حالة تفرق الصفقة[1].

٢ ـ أنَّ العبرة في بناء العقد وترتب أحكامه إنما هي للإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول. فما دخل تحت دلالتها وحدودها فهو المعتبر دون المقاصد الباطنية في نفس أحد العاقدين مما هو مستتر عن العاقد الآخر ومعذور في جهله بها، ما لم يدل على شيء من هذه المقاصد دليل يجعلها واضحة بالنسبة إلى العاقد الآخر؛ فعندئذ تدخل تلك المقاصد في حساب العقد، ويحتج بها على العاقد الآخر، كما ظهر من الأمثلة التي أوردناها في الغلط الواضح، وفي اختلال التنفيذ.

وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد وفق في نظرية العقد توفيقاً جيداً بين مبدأ احترام الإرادة ومبدأ استقرار التعامل، فجمع بين المبدأين خير جمع، ووزع اعتبارهما على الأحوال المختلفة أحسن توزيع.

---

(١) الخيارات التي تمنح لأحد العاقدين فتعطيه حق إبطال العقد، دفعاً للضرر عنه، هي في الفقه الإسلامي أكثر عدداً مما رأيناه هنا في مباحث عيوب الرضا، ولكن ما رأيناه هنا هو أهمها.

ومنها ما لا ينشأ عن عيب في الرضا، كخيار الشرط، المشروع لتمكين العاقد من التروي ولا يثبت للعاقد إلا اشتراطاً في العقد.

وقد عدد الحصكفي في «الدر المختار» معظم هذه الخيارات في أول باب خيار الشرط من كتاب البيوع، فبلغت تسعة عشر نوعاً (ر: رد المحتار ٤/ ٤٥ ـ ٤٦ والمجلة/ ٣٠٥ ـ ٣٦٠).

وسيأتي بحث إجمالي أيضاً عن الخيارات بوجه عام في آخر بحث «**الإلزام**» من الآثار العامة للعقود فلينظر (ف ٤٠/ ٦).

الفصل الثامن والثلاثون

آثار العقد ـ النفاذ

الآثار العامة للعقود ـ معنى نفاذ العقود ـ نظرية التوقف، أو عدم النفاذ ـ أنواع العقود الموقوفة ـ أنواع المانع من النفاذ ـ استناد النفاذ (أي أثره الرجعي) بعد زوال المانع ـ قاعدة: «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» ـ ملاحظات

المبحث الأول: الآثار العامة للعقود

٣٨/ ١ ـ للعقود آثار عامة، وآثار خاصة تخص بعضها دون بعض.

ـ فالآثار الخاصة هي الأحكام والنتائج الحقوقية التي تترتب على كل عقد بحسب موضوعه.

فالبيع ينقل الملكية لقاء عوض؛ والهبة تنقلها بلا عوض؛ والإجارة تفيد تمليك المنافع بعوض أيضاً؛ والرهن ينشىء حق احتباس مال المدين في مقابل الدين؛ والوكالة تنيب الوكيل عن الموكل في التصرف؛ وهكذا.. فكل عقد له أثر خاص به هو حكمه الشرعي، ويبحث عنه في بابه المخصوص.

ـ وأما الآثار العامة فهي ما تشترك فيه العقود، جميعها أو معظمها، من أحكام ونتائج؛ وهي غرض مباحثنا هنا.

فللعقود ثلاثة آثار عامة تعتبر من النتائج الطبيعية الأصلية في معظم العقود والاتفاقات، وهي: **النفاذ، والإلزام، واللزوم.**

وسنعالج **النفاذ** إجمالاً في هذا الفصل ثم **الإلزام واللزوم** في الفصلين التاليين ٣٩ و ٤٠.

النفاذ

٣٨/ ٢ ـ نفاذ العقود معناه أن العقد منتج نتائجه المرتبة عليه شرعاً منذ انعقاده. أي انَّ حكم ذلك وآثاره الخاصة في الحقوق والأموال التي ورد العقد عليها حاصلة بمجرد رضا عاقديه.

ـ فنفاذ البيع مثلاً معناه أنه بمجرد انعقاده صحيحاً قد نقل ملكية المبيع إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع، وأوجب بين الطرفين سائر الالتزامات الأخرى التي أنشأها؛ كوجوب التسليم والتسلم، وضمان العيب في المبيع إن ظهر فيه عيب، إلخ...

ـ ونفاذ عقد الزواج معناه أنه بمجرد انعقاده كذلك صحيحاً قد أحل المتعة الزوجية بين الزوجين، وأوجب على كل منهما الحقوق والالتزامات المتقابلة التي ينشئها العقد بينهما، فأصبح الرجل مسؤولاً بنفقة المرأة بحدودها وشرائطها المشروعة، وأصبحت المرأة مسؤولة بمتابعته وطاعته المشروعة، إلخ...

وهكذا يقال في كل عقد، كالإجارة والصلح والقسمة وغيرها..

فمتى كان العقد منتجاً نتائجه منذ انعقاده صحيحاً بالشكل المشروح سمي عندئذ: **عقداً نافذاً** (ر: المجلة/ ٣٧٤).

٣٨/ ٣ ـ وعكس النافذ هو **الموقوف**. فالعقد الموقوف لا ينتج حكمه منذ انعقاده؛ بل إنه ـ رغم انعقاده صحيحاً ـ تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة، أي معلقة محجوزة لا تتحقق ولا تسري لوجود **مانع يمنع تحققها** وسريانها شرعاً.

وذلك كما في حالة الإكراه، فإنَّ من استكره على إجراء عقد لا يريده يكون عقده موقوفاً حتى يرضى بنفاذه عليه بعد زوال الإكراه، كما تقدم في

بحث عيوب الرضا[1].

وكذا لو باع شخص ملك غيره بلا إذن منه، أو زوّج الأب مثلاً ابنته الكبيرة الراشدة دون إذنها. فالعقد هنا يتجاوز حقوق عاقديه ويمسُّ حقوقاً لغيرهما. وذلك الغير هو مالك الشيء المبيع في مثال البيع، والبنت في مثال التزويج. فحقوق الغير هذه تعتبر مانعاً يمنع من ثبوت آثار هذا العقد فتبقى هذه الآثار معلقة ما بقي هذا المانع، فلا تتحقق ولا تسري حتى يزول.

ففي مثال البيع لا تنتقل الملكية ولا يستحق الثمن؛ وفي مثال التزويج لا تحل المتعة ولا تثبت الحقوق الزوجية حتى يزول ذلك المانع، بأن يرضى المالك بالبيع الواقع على ملكه، وترضى البنت بالتزويج الذي أجراه أبوها دون إذنها؛ فعندئذ ينفذ ذاك البيع وهذا الزواج، أي تترتب عليه آثاره النوعية المقررة له شرعاً، لأنه بزوال المانع يبرز الممنوع، كما تقدم، في بحث المانع (ف ٢٨/ ٧).

هذه نظرية **التوقف**، أو عدم النفاذ، ترتكز كما ترى على نظرية المانع التي سلف شرحها آخر **المعلومات التمهيدية** المتقدمة في أول نظرية العقد (ف ٢٨/ ٧).

٣٨/ ٤ ـ أنواع هذا المانع:

لكي نستطيع حصر أنواع هذا المانع الذي يمنع نفاذ العقود، ونردها إلى مبادىء عامة كلية يحسن:

---

* (١) تقدم هناك أنَّ هذا أحد رأيين في المذهب الحنفي، وهو رأي زفر بن الهذيل من أصحاب أبي حنيفة، وهو الذي اعتمدناه، والرأي الآخر أن الإكراه على عقد يجعله فاسداً لا موقوفاً، وهو رأي أبي حنيفة نفسه (ر: ف ٣٤/ ٤، الحاشية).

وهنا تظهر ثمرة اعتبار الإكراه من أسباب عدم نفاذ العقود إلى جانب اعتباره من عيوب الرضا كما تقدم. ذلك لأنَّ من المقرر في نظرية الإكراه أنَّ العقد المستكره عليه هو ـ رغم انعقاده ـ غير منتج لآثاره ما لم يرض به الشخص المستكره بعد زوال الإكراه، بينما أن سائر عيوب الرضا الأخرى لا تمنع ترتب الأحكام على العقود التي تعتريها تلك العيوب، وإنما يمنح فيها العاقد الذي عيب رضاه حق الإبطال كما تقدم؛ ولذا وجب أن يعتبر في العقد بالإكراه معنى زائد على عيب الرضا هو **التوقف**.

- **أولاً**: أن نعرض الأنواع الأساسية للعقد الموقوف في مختلف صوره وأشكاله.

- **ثانياً**: أن نستخلص على ضوء ذلك العرض أنواع موانع النفاذ التي تتراءى من خلال أنواع العقد الموقوف، وهذا ما سنعالجه فيما يلي:

٣٨/ ٥ ـ أولاً: أنواع العقد الموقوف:

إن التتبع الفقهي يوقعنا على أنواع كثيرة للعقد الموقوف أوصلها فقهاء الحنفية إلى ثمانية وثلاثين نوعاً (ر: الدر المختار ورد المحتار، فصل الفضولي من كتاب البيع ٤/١٣٩).

غير أننا نخص بالذكر والإيضاح منها هنا سبعة أنواع نراها هي الأنواع الأساسية التي يكفي عرضها لمعرفة موانع النفاذ، وهي:

١ ـ **العقد بالإكراه**: على رأي من يرى أنه موقف لا فاسد وهو رأي الإمام زفر الذي اعتمدناه كما تقدم آنفاً. (ف ٣٨/ ٣).

٢ ـ **عقد الصغير المميز**: إذا تصرَّف في أمواله تصرفاً يحتمل النفع والضرر، كالبيع والإجارة والقسمة والصلح إلخ... ذلك لأنه قاصر ناقص الأهلية فهو محجور عليه شرعاً حماية لحقوقه وأمواله. وإنما يتصرف عنه نائبه الشرعي من ولي أو وصي.

فإذا عقد الصغير المميز بنفسه عقداً محتملاً للنفع والضرر، كالبيع مثلاً، كان عقده غير نافذ، لأن حق التصرف في ماله ليس له بل لنائبه الشرعي. فيتوقف عقده على إجازة نائبه، فإن رأى فيه المصلحة له أجازه فنفذ، وإن رده بطل، كما سنرى في نظرية الأهلية والولاية[1].

٣ ـ **عقد السفيه المحجور عليه**: والسفيه هو من يبذِّر أمواله ويبددها

---

(١) سنرى هناك أن سنَّ التمييز تبدأ شرعاً وقانوناً في تمام السنة السابعة وتنتهي ببلوغ سن الرشد المحددة في قانون الأحوال الشخصية وفي القانون المدني.

في طرق غير معقولة. فهذا يحجر عليه القاضي، ولو كان كبيراً، فيصبح بالحجر عليه قاصراً كالصغير المميز، ويقيم القاضي عليه وصياً يتصرف عنه، صيانة لماله وعياله.

فإذا عقد السفيه المحجور بنفسه عقداً محتملاً للنفع والضرر كان عقده موقوفاً على إجازة وصيّه، فإن أجازه نفذ وإن رده بطل.

٤ ـ **عقد المدين بدين مستغرق**: المدين إذا استغرقت ديونه أمواله جاز شرعاً للقاضي حجره، أي منعه عن التصرُّف في ماله، بناء على طلب غرمائه الدائنين صيانة لحقوقهم، كيلا يلجأ بالتصرف إلى تهريب أمواله من وجوههم. وعندئذ لا يحق له بعد الحجر عليه أن يتصرَّف في أمواله.

فإذا عقد عليها عقداً كما لو باع أو وهب أو رهن شيئاً منها فعقده موقوف على إجازة الغرماء[1].

٥ ـ **تصرف المريض مرض الموت**[2]: إذا تبرع بأي طريق كان

---

* (١) أما قبل الحجر عليه قضاء فقد كانت نصوص أئمة المذاهب الاجتهادية تقضي بنفاذ تصرفه باعتبار أن الديون متعلقة بذمته وعهدته، أما أعيان ماله فهي حرة غير مثقلة بحق لأحد، فينفذ فيها تصرفه. هذا هو المنقول في أصول المذهبين الحنفي والحنبلي.

ولكن المتأخرين من فقهاء الحنابلة لما كثر لجوء المدينين إلى التصرف بأموالهم تهريباً لها، أفتوا بعدم نفاذ التصرفات المالية من المدين إلا فيما يزيد من أمواله عن وفاء ديونه بناء على قاعدة المصالح المرسلة.

ثم تبعهم متأخرو الحنفية فأفتوا أيضاً بعدم نفاذ وقف المدين غير المحجور إلا فيما يزيد من أمواله عن وفاء الدين بناء على قاعدة الاستصلاح أيضاً عندما كثر التجاء المدينين إلى وقف أموالهم ليكيدوا الدائنين ويحرموهم من الاستيفاء.

والذي نرى أن نص متأخري الحنفية على عدم نفاذ وقف المدين يدل بطريق الأولوية على عدم نفاذ تبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الدائنين. (انظر ما تقدم ف ١٥/ ٦ الحاشية، وسيأتي أيضاً ف ٧٧/ ٢ الحاشية).

(٢) مرض الموت هو المرض الذي يُقعد الشخص عن عمله المعتاد ويتصل بالموت، فإن شفي منه فهو مرض عادي وليس مرض الموت.

=

(بهبة، أو بوصية، أو ببيع مع المحاباة بالثمن) بما يزيد عن ثلث تركته. فتبرعه هذا لا ينفذ في القسم الزائد عن ثلث التركة، لأنه محجور عنه شرعاً؛ بل هو موقوف على إجازة ورثته، فإن أجازوه نفذ، وإن ردوه بطل. هذا إذا تبرع لغير الوارث ولم يكن عليه دين مستغرق لتركته.

فإن تبرع **لأحد ورثته** كان تبرعه هذا موقوفاً على إجازة باقي الورثة **مهما قل مبلغ التبرع**، لأنَّ تبرعه المنجز في مرض موته هو في حكم الوصية المضافة إلى ما بعد الموت ومن المقرر في أحكام الشريعة بين جمهور المجتهدين أنه: «**لا وصية لوارث**»[1]. (ر: ف ٢٣/٨).

وإن كان عليه دين مستغرق توقف تبرعه على إجازة الدائنين.

٦ ـ **تصرفات الرجل المرتد** عن الإسلام، من معاوضات مالية كالبيع، أو تبرعات كالهبة والوقف والوصية. فإنَّ عقوده في حال ردته وسائر تصرفاته المالية من هذا النوع تعتبر موقوفة غير نافذة: فإذا عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات، أو قتل، أو التحق بدار الحرب وقضى القاضي باعتباره ملتحقاً بها بطلت تلك العقود والتصرفات[2].

٧ـ **عقد الفضولي**: الفضولي في اللغة هو: المشتغل بما لا يعنيه (القاموس).

= والشرع الإسلامي يطلق للشخص في مرض موته حق التبرع بثلث أمواله على الأكثر، ويحجره عن التبرع بما زاد عن الثلث، صيانة لحقوق الورثة.
وسيأتي تفصيل نظرية مرض الموت في بحث عوارض الأهلية (ف ٦٥/٤).

(١) هذا نص حديث نبوي مختلف في درجته لكنه مروي بطرق عديدة يقوي بعضها بعضاً، وقد تلقاه أئمة المذاهب بالقبول (ر: «نصب الراية» للزيلعي كتاب الوصايا ٤/ ٤٠٣ وشرح الجامع الصغير للمناوي تحت الحديث ٣/ ٩٩٣).

* (٢) هذا نظر أبي حنيفة. أما صاحباه (أبو يوسف ومحمد) فيريان أنَّ تصرفات المرتد نافذة، لأنَّ الردة لا تأثير لها في أهليته الثابتة. وحجة أبي حنيفة أنَّ **ردة الرجل** جريمة عظمى توجب قتله شرعاً. فتجعل ملكه في أمواله معلقاً على نتيجة أمره، وإن نفاذ التصرفات في المال يستلزم ملكية ثابتة فيه للمتصرف.
أما المرأة فإن ردتها لا توجب قتلها شرعاً بل تحبس مؤبداً، فملكيتها مستقرة بالاتفاق، فتصرفاتها نافذة بالاتفاق. (ر: رد المحتار باب المرتد ٣/ ٢٩٨ و ٣٠٠).

وشرعاً هو: من تصرَّف في حقوق غيره **تصرُّفاً قولياً** دون تفويض مشروع.

فإذا كان يتصرَّفُ في حقوق غيره بتفويض مشروع لم يكن فضولياً، بل يكون نائباً عن ذلك الغير: إما **نيابة شرعية** كولي الصغير[1]. وإما **نيابة قضائية** كالوصي الذي ينصبه القاضي على اليتيم؛ وإما **نيابة عقدية** كالوكيل.

أي أن التفويض يكون مصدره: إِما الشرع، وإما القضاء، وإما التعاقد.

فمن لم يكن مفوَّضاً في التصرُّف عن غيره من أحد هذه المصادر فهو فضولي. وذلك كما لو باع شخص أو آجر ملك غيره؛ أو عقد زواج امرأة دون إذنها. وكذا لو باع أحد الشريكين أو آجر، أو رهن، أو وهب المال المشترك جميعه، أي حصته وحصة شريكه، دون تفويض من الشريك، فإنَّ العقد يكون موقوفاً بالنسبة إلى حصة الشريك.

وإن العاقد في كل ذلك وأمثاله يسمى في اصطلاح فقهائنا **فضولياً**؛ حتى إنَّ الأب إذا عقد زواج ابنته الكبيرة الراشدة دون إذنها، ولو كانت بكراً، يعتبر أيضاً فضولياً ويتوقف نفاذ عقده على إجازتها.

ملاحظة:

ويجب أن يلحظ في هذا المقام أن الفضول لا يكون إلا في **حدود التصرُّف القولي**. أما إذا أعقب التصرف القولي بطريق الفضول **تنفيذ فعلي**، كما لو باع شخص ملك غيره **وسلمه إلى المشتري**، فإنه عندئذ يصبح غاصباً، ويأخذ عمله حكم الغصب.

٣٨/٦ ـ أنواع المانع من النفاذ:

بعد عرض تلك الأنواع الأساسية المختلفة الصور للعقد الموقوف

---

(١) مثل أبيه، ثم جده عند عدم الأب. وسنرى في نظرية الأهلية والولاية مراتب الأولياء وتسلسلهم وصلاحياتهم. (ف ٦٦/٣ ـ ٧).

يتراءى من خلالها أنَّ الموانع المختلفة التي تمنع نفاذ العقد وتجعله موقوفاً يمكن ردها جميعاً إلى نوعين اثنين **الاشتباه**، **وحق الغير** أي غير العاقدين.

٧/٣٨ ـ فأما الاشتباه فيراد به خفاء حالة مشروطة في التصرف يتوقف انعقاده على انكشافها، فنظراً إلى أنها لا يمكن الجزم بوجودها ولا بعدمها فلا يمكن اعتبار التصرف معها باطلاً، ولا منعقداً نافذاً، فيتوقف على انكشافها: فإذا تبين أنها كانت متوافرة نفذ التصرف، وإذا تبيَّن عدمها بطل.

من أمثلة ذلك حالة الإكراه، وعقد نكاح الخنثى المشكل:

أ ـ الإكراه:

فالإكراه لا يُدرىٰ معه: هل العاقد بالإكراه يرضىٰ بالعقد الذي أكره عليه لأنه في مصلحته، أو لا يرضاه ولولا الإكراه لما أقدم عليه؟ فيتوقف عقده ولا يعتبر باطلاً، فإذا أجازه بعد زوال الإكراه تبيَّن أن إرادته في هذا التصرف متوافرة، فينفذ وتسري أحكامه مستندة إلى تاريخ عقده، وإن رفضه اعتبر باطلاً منذ صدوره بالإكراه.

ولولا هذا الاحتمال في الإكراه كان من الواجب أن يعتبر التصرف بالإكراه باطلاً بحسب الظاهر، كما تقدمت الإشارة إليه في بحث عيوب الرضا (ر: ف ٢/٣٤ ـ ٤)[1].

ب ـ زواج الخنثى المشكل:

وزواج الخنثى المشكل كذلك يعتبر موقوفاً على تبين حاله:

فإذا تبين أنه ذكر وقد تزوج امرأة، أو أنثى وقد تزوج رجلاً نفذ نكاحه وثبتت أحكامه، وإذا تبيَّن خلاف ذلك بطل منذ صدوره.

---

(١) المشهور في الإكراه أنه سبب مستقل لتوقف العقد أو فساده. وعلى ذلك جرينا فيما سبق، لكنني فيما بعد ترجح لدي اعتباره فرعاً من حالة الاشتباه التي يدخل فيها هو وغيره.

٨/٣٨ ـ وأما حق الغير فله ثلاثة أوجه:

١ ـ إما أن يكون حق الغير متعلقاً بعين المحل المعقود عليه، كما في بيع ملك الغير. ويدخل في ذلك أيضاً تبرع المريض مرض الموت بما يزيد عن ثلث أمواله، فإنَّ التوقف فيه إنما هو لحقوق الورثة المتعلقة بالمعقود عليه عينا.

وكذا تصرُّف المرتد، فإنَّ التوقف فيه لحقوق الورثة أو بيت المال لأنَّ عقوبة المرتد هي القتل **وجوباً** ما لم يرجع إلى دين الإسلام.

٢ ـ وإما أن يكون متعلقاً بمالية المحل المعقود عليه دون عينه، كما في تصرُّف المدين غير المحجور عليه بما يضرُّ حقوق الدائنين، فإنَّ حقوق الدائنين متعلقة بمالية أمواله لأجل استيفاء ديونهم، وليست حقوقهم متعلقة بأعيان أمواله؛ حتى أنه لو استطاع أن يأتي بمال آخر يفيهم به حقوقهم نَفَذت تصرفاته الموقوفة في أمواله تلك التي تعاقد عليها، فلو كانت حقوقهم متعلقة بعين مال المدين كحقوق الورثة في أعيان التركة لما أمكن صرف الدائنين عن أخذ العين بدفع الدَّين إليهم نقداً.

٣ ـ وإما أن يكون متعلقاً بصلاحية التصرُّف نفسه لا بمحله المعقود عليه. ويدخل في ذلك تصرُّف ناقص الأهلية المحجور عليه **حجراً شرعياً** بسبب الصغر، كالصغير المميز، أو **حجراً قضائياً** بسبب السَّفَه، أو بسبب الدَّين المحيط.

فناقص الأهلية من صغير قاصر، أو سفيه أو مدين محجورَيْن، لا يملك حق التصرف في حقوقه وأمواله، لأنَّ حق التصرف إنما هو لنائبه من ولي، أو وصي، أو حارس قضائي؛ فهو الذي يتصرَّفُ عنه، كما سنرى تفصيله في نظرية الأهلية والولاية. فإذا تصرَّف ناقص الأهلية من تلقاء نفسه دون إذن من نائبه الشرعي كان متجاوزاً على حق هذا النائب وصلاحيته، ولو أنه إنما يتصرف في حقوقه وأمواله. فيتوقف تصرفه على إجازة ذلك النائب الشرعي صاحب حق التصرف: فإنْ أجازه نفذ، وإنْ ردَّه بطل.

٩/٣٨ ـ النفاذ بعد التوقف يكون مستنداً دائماً:

يتضح مما سلف أنَّ العقد غير النافذ يعتبر منعقداً صحيحاً قبل الإجازة أو الرفض في نظر الاجتهاد الحنفي. فالإجازة من صاحب الحق تكسبه النفاذ، والرفض يلغيه.

وبناء على ذلك إذا وجدت الإجازة يكون لها استناد وانعطاف، أي تأثير رجعي. فبعد الإجازة يستفيد العاقد من ثمرات العقد منذ انعقاده، لأنَّ الإجازة لم تنشىء العقد إنشاء، بل أنفذته إنفاذاً، أي فتحت الطريق لآثاره الممنوعة المتوقفة لكي تمر وتسري، فتلحق تلك الآثار بالعقد المولد لها اعتباراً من تاريخ انعقاده لا من تاريخ الإجازة.

والنظرية الحاكمة في هذا الموضوع هي أنَّ: **الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.**

فبعد الإجازة يعتبر العاقد الفضولي كوكيل عن صاحب الحق قبل العقد. وبما أن تصرفات الوكيل نافذة على الموكل منذ صدورها يكون عقد الفضولي نافذاً على المجيز نفاذاً مستنداً إلى تاريخ العقد.

والإجازة لا تنحصر في التعبير الصريح، بل كل وسائل التعبير عن الإرادة من وسائل صريحة أو ضمنية، وقولية أو فعلية، مما يقبل في إنشاء العقود، تقبل في إجازة العقد الموقوف.

فمن بلغه بيع فضولي لماله، فسلَّم إلى المشتري ذلك المال طوعاً، يعتبر تسليمه إجازة لعقد الفضولي.

وإذا عقد فضولي زواج امرأة على رجل فبلغها العقد، فطاوعت في الزفاف إليه، كان ذلك منها إجازة.

ولصحة الإجازة بعض شرائط ترى في بحث الفضولي من كتاب البيع في مدونات الفقه الحنفي (ر: رد المحتار ٤/ ١٤٠ والمجلة/ ٣٧٨).

وأهم تلك الشرائط أن لا يسبق الإجازة رفض من صاحب حق الإجازة، لأنه إذا سبق منه رفض للعقد الموقوف بطل العقد، فلا يقبل إجازة بعد ذلك، كما سنرى في بحث البطلان من نظرية المؤيدات.

٣٨/ ١٠ ـ ملاحظات:

يجب أن يلحظ في ضوء ما تقدم من المباحث الملاحظتان التاليتان:

١ ـ أنَّ العقد الموقوف لا يكون دائماً متوقفاً نفاذه على إجازة شخص غير العاقد، بل هذا هو الأغلب؛ فقد يكون متوقف النفاذ لا على إجازة أحد، بل على زوال حالة أوجبت عدم النفاذ. كما في تصرفات المرتد عن الإسلام. فإنَّ نفاذ تصرفاته يتوقف على عودته إلى الإسلام في نظر أبي حنيفة: فإذا عاد إلى الإسلام نفذت تصرفاته الموقوفة، وإذا مات على الردة، أو قتل، أو التحق بدار الحرب[1] بطلت.

٢ ـ أنَّ الغاية الشرعية من نظرية التوقف ليست دائماً حماية حق الغير. بل قد تكون غاية التوقف في كثير من الحالات حماية حق المتصرِّف نفسه، كما في العقد بالإكراه، وعقد الصغير المميز.

كما يلاحظ أنه حتى في هذه الحالة (التي يكون فيها التوقف لحماية حق العاقد نفسه) يمكن أن يعتبر المانع من النفاذ هو حق الغير. وهذا واضح لا غرابة فيه بعد أن عرفنا أنَّ حق الغير ليس من الضروري أن يكون متعلِّقاً بمحل العقد، بل قد يكون في صلاحية التصرف. فالمانع من النفاذ في عقود الصغير ناقص الأهلية هو حق الغير، أي حق نائبه الشرعي في التصرُّف عنه. أما الغاية الشرعية من وقف عقود هذا الصغير على إجازة

(١) دار الحرب في اصطلاح الفقه الإسلامي ليس معناها البلد الذي فيه حرب فعلية قائمة مع الدولة الإسلامية، بل كل بلد ليس للدولة الإسلامية عليه سيطرة تتمكن معها من إجراء أحكام الإسلام فيه علناً هو دار حرب، لاحتمال قيام حرب بين أهله والمسلمين. ويلحق بدار الحرب البحار الملحة والمفازات التي لا سيطرة عليها لأحد (ر: رد المحتار آخر باب «المستأمن» من كتاب الجهاد ٣/ ٢٤٤ و ٢٥٥).

نائبه الشرعي فهي حماية أموال الصغير المتصرِّف نفسه وحماية حقوقه من سوء تصرفه، لعدم رشده.

المبحث الثاني: مدى نفاذ العقود على الأشخاص

٣٨/ ١١ ـ رأينا أنَّ العقد لا يجوز أن يتجاوز على حقوق الغير، فإن تجاوز توقف وامتنع نفاذه، كما في عقد الفضولي.

لكننا نرى أشخاصاً غير العاقد ينفذ عليهم عقد العاقد، وتقيِّدهم التزاماته الحقوقية كما لو كانوا هم العاقدين، **فهم في حكم العاقد نفسه،** وليسوا أشخاصاً ثالثين من الغير، بالمعنى المقصود من لفظ «**الغير**». وذلك كما لو رهن شخص بعض ماله في مقابل دَيْن عليه، ثم مات، فإنَّ هذا الرهن نافذ على ورثته، وإن لم يعقدوه هم. فلا يستطيعون أخذ المرهون من المرتهن واقتسامه بينهم ما لم يوفوه الدَّين كاملاً؛ وإن كانوا غير مجبرين على وفاء الدَّين من أموالهم الخاصة إن لم يكن في التركة وفاء.

لذلك وجب أن نعرف من هم الأشخاص الذين في حكم العاقد فتسري عليهم آثار عقده، وتنفذ في حقهم، فيكون سواهم هو المقصود بكلمة (الغير) في قولنا: **إنَّ العقد لا ينفذ في حقوق الغير.**

٣٨/ ١٢ ـ إنَّ تتبع الأحكام الفقهية فيما يتعلق بالعقد وآثاره تدل على أنَّ الأشخاص الذين لهم حكم العاقد نفسه من كل الوجوه أو من بعضها، فتنفذ في حقهم وتسري عليهم آثار عقده ضمن حدود معينة، هم الأصناف التالية:

١ ـ **المنوب عنه في العقد المعقود بطريق النيابة،** في جميع صورها (من ولاية، أو وصاية، أو وكالة)[1].

---

(١) **الولاية:** هي نيابة شرعية ثابتة لبعض أقرباء الشخص القاصر كأبيه وجده بترتيب معين.

والوصاية: هي نيابة قضائية لشخص ينصبه القاضي للتصرُّف عن أيتام قاصرين يسمى: **وصياً.**

والوكالة: نيابة تعاقدية، كما تقدم في النوع /٧/ من العقود الموقوفة وهو عقد الفضولي.

فعقد النائب عن المنوب عنه نافذ على هذا الأخير كما لو باشره بنفسه وهو أهل لمباشرته. فالوكيل ببيع أو إجارة أو صلح أو تزويج أو تطليق أو بأي تصرُّف آخر إذا قام بهذا التصرُّف عن موكله ضمن حدود وكالته تسري على الموكل جميع الآثار النوعية لهذا التصرُّف من تمليك والتزامات وإسقاطات وزوجية وفراق، بحسب نوع التصرف الموكل به.

وكذا الولي أو الوصي على صغير قاصر أو على كبير مجنون، إذا أبرم عقداً لمصلحة الصغير أو المجنون **ضمن حدود سلطة الولاية أو الوصاية شرعاً**، كما لو اشترى لهما ما يحتاجان إليه أو باع ما يستغنيان عنه، أو آجر مالهما أو استأجر لهما، إلخ...

فكل ذلك نافذٌ ساري الآثار على الصغير أو المجنون. فيملكان ما اشتري لهما، ويلتزمان بثمنه في أموالهما يوفيه بالنيابة عنهما الولي أو الوصي، كما يخرج من ملكهما ما بيع من أموالهما.

ومن هذا القبيل العقود التي يجريها الحاكم على الأفراد بمقتضى سلطته الشرعية وولايته العامة، كبيع القاضي أموال المدين المماطل لأجل وفاء الدَّين، وبيعه الأموال المحتكرة جبراً على محتكريها.

وهذا النفاذ المباشر في عقد النائب على المنوب عنه هو المميز الأساسي لعقد النائب عن عقد الفضولي كما تقدم.

٢ ـ المتفضَّل عليه[1]:

(١) في الفقه القانوني عند علماء القانون لا توجد نظرية **العقد الموقوف** كما في الفقه الإسلامي.

ولكن في مصادر الالتزام يبحثون فيما يسمونه «**الفضالة**» وأسميناه نحن هنا فيما يتعلق بالعقود «**تفضلاً**» ويوسِّعون حق المتفضِّل في إلزام المتفضَّل عليه ونفاذ تصرفاته في حقه إلى نطاق يعتبر في نظر الفقه الإسلامي فضولاً محضاً لا تفضلاً.

وقد رأينا أن لفظ «**الفضالة**» غير موجود في العربية، فاستبدلنا به لفظ «**التفضل**» وآثرنا استعماله هنا في فقهنا عنواناً على الحالات الاستثنائية التي ينفذ فيها تصرف الشخص =

يوجد حالات استثنائية يعتبر فيها غير النائب كالنائب في تصرُّفه بشؤون غيره. وذلك كما لو كان شخصان مترافقين في سفر فمات أحدهما، فقام الثاني بتجهيزه ودفنه وجمع أمواله ونقلها إلى ورثته؛ وفي سبيل ذلك باع أمتعته واشترى ما يحتاج إليه تجهيزه ودفنه. فإنَّ تصرفاته هذه تنفذ على أصحاب الحقوق في تركة الميت استحساناً، ولا يعتبر الرفيق فضولياً. ولا يضمن ما أنفق. وقد فعل ذلك الإمام محمد، إذ مات بعض تلامذته، فباع محمد كتبه لتجهيزه فقيل له: «إنه لم يوص» (أي إنه لم يعيِّن قبل وفاته وصيّاً على تركته لإدارتها) فتلا محمد قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ (سورة البقرة ٢/ ٢٢٠).

فما كان على هذا القياس من التفضُّل فمقبول. وضابطه الذي تدل عليه الفروع الفقهية أن يكون التفضل **مستنداً إلى عرف، أو اضطرار**. وله أمثلة كثيرة مذكورة في كتاب الغصب من «رد المحتار» (٥/ ١١٧)، وفي «الأشباه والنظائر» لابن نجيم، (كما سنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية وهو: المدخل إلى النظرية العامة للالتزام في الفقه الإسلامي ١١/ ١).

ومن هذا القبيل تصرُّف أحد الشريكين في الإنفاق على إصلاح العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة إذا احتاج إلى النفقة التعميرية الضرورية وامتنع الآخر عن الإنفاق، فإنَّ لشريكه أن ينفق هو، ويرجع عليه بحصته من النفقة[1].

= على غيره دون سابق إذن.

وبذلك نميز بين موضوعين يجب التمييز بينهما في الاسم، وهما:

- «**الفضول**» الذي يتوقف فلا ينفذ.
- «**والتفضل**» الذي ينفذ على الغير ويلزمه.

(١) نصت المادة /١٣١٣/ من المجلة على أنَّ الشريك المنفِق في هذه الحال إذا أنفق بإذن الحاكم يرجع على شريكه بحصته من النفقة الفعلية. أما إذا أنفق بدون إذن الحاكم فإنه يرجع على شريكه بحصته من قيمة الأبنية والتعميرات، والفرق بينهما أن قيمتها مبنية تكون في العادة أقل مما أنفق عليها فعلاً.

فهنا أيضاً نفذت على الشريك عقود النفقة التي أجراها شريكه الآخر دون نيابة عنه أو إذن.

٣ ـ **الوارث**: فإنَّ جميع عقود مورثه التي يعقدها منجزة في حال صحته وكمال رشده وينشىء بها لغيره حقوقاً عينية تتعلق بشيء من أعيان ماله، أو ينشىء بها التزامات مالية على نفسه، كل ذلك تعتبر تركته مثقلة به، ويعتبر نافذاً في حق الوارث يحتج به عليه، فلا يخلص له من التركة شيء إلا ما فَضَل منها عن وفاء هذه الحقوق.

فمثلاً لو أنَّ المورث كان راهناً لبعض ماله فأراد الوارث أن يأخذ المرهون من المرتهن بحجة أنه قد ملكه إرثاً؛ لا يحق له ذلك إلا بعد وفاء الدين الذي على التركة، لأنَّ للمرتهن حقاً في مالية المرهون ثبت له بعقد المورث قبل ثبوت ملك الوارث في التركة. وهكذا يقال فيما سوى ذلك من العقود.

٤ ـ **الموصى له** بعين معينة من تركة الموصي:

فإنَّ هذه العين الموصى بها إذا كانت لا تتجاوز ثلث التركة تنتقل إلى الموصى له مثقلة بجميع الحقوق التي كان أنشأها عليها الموصي بعقد صحيح.

فلو كانت العين مأجورة تكون الإجارة نافذة في حق الموصى له، وسارية عليه، فلا يستطيع أخذ العين إلا بعد انقضاء مدة الإجارة[1].

١٣/٣٨ ـ يتضح من هذه الأحوال التي يسري فيها وينفذ عقد

---

(١) الاجتهادات الإسلامية مختلفة في انفساخ عقد الإجارة بموت أحد العاقدين أو عدم انفساخه.

والراجح في الاجتهاد الحنفي الانفساخ، وفي الاجتهاد الشافعي عكسه.

والمثل الذي أوردناه يتمشى على القول ببقاء الإجارة وعدم انفساخها بالموت، وهو الذي عليه الأحكام القانونية لدينا.

الشخص على غيره، انَّ هذا النفاذ على الغير يرجع إلى أحد سببين: **التمثيل، والخَلَفية**.

ـ فالتمثيل هو كون العاقد إنما يمثل شخص ذلك الغير ويقوم مقامه قياماً مشروعاً في **التعاقد** نفسه، كما في حالتي النيابة والتفضُّل.

ـ والخَلَفية هي أن يحل **بعد التعاقد** غير العاقد محل العاقد في ملكية أمواله وحقوقه؛ كما في حالتي الوصية والإرث.

وبما أنَّ الخلفية ينتقل فيها الملك والحقوق انتقالاً عن العاقد إلى غيره كان من الطبيعي أن تسري على الخلف آثار عقود سلفه، لأنَّ الشخص **لا يستطيع تمليك أكثر مما يملك**؛ وأموال السلف مثقلة بآثار عقوده النافذة عليه، فتنتقل كما هي، لأنَّ الانتقال لا يلغي الحقوق المكتسبة الثابتة[1].

---

(١) يقسم علماء القانون في هذا المقام الخلف إلى صنفين:

ـ **خلف خاص**، وهو الذي يخلف العاقد في ملكية عين أو أعيان مخصوصة من ماله، كالموصى له بعين معينة من التركة.

ـ **وخلف عام**،وهو الذي يخلف العاقد في جميع حقوقه وذمته، وهو الوارث.

وللوارث في القوانين الأجنبية الأوروبية أن يقبل الإرث أو يرفضه. فإن قبله التزم بجميع ديون المورث ولو زادت عن التركة، كما أنه يستحق جميع حقوقه وأمواله. وهذا معنى كونه يخلفه في ذمته العامة.

أما في شريعة الإسلام فليس للوارث رفض الإرث، بل الإرث جبري، ولا يلتزم بديون المورث، وإنما تستوفى الديون من التركة قبل الإرث كما تقدم (ر: ف ٢٣/ ٨).

الفصل التاسع والثلاثون

آثار العقد ـ الإلزام

٣٩/ ١ ـ الإلزام واللزوم:

الإلزام في اصطلاح نظرية العقد يقع على معنيين:

الأول: معنى: إنشاء الالتزامات. فيقال عَقْد ملزِم بمعنى أنه ينشىء على العاقد التزاماً. (وسنرى قريباً معنى الالتزام).

والثاني: معنى: عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة. فيقال: عقد ملزم، بمعنى أنَّ العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضى العاقد الآخر. فكما لا يعقد العقد إلا بالتراضي لا يفسخ إلا بالتراضي.

وهذا المعنى يسمى أيضاً في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية: **لزوماً**، فيقال عقد **لازم لزوماً**، كما يقال: **ملزم إلزاماً**، بمعنى أنه لا يستطيع العاقد فسخه إلا بالتراضي. وهذا التراضي على الفسخ يسمى عندئذ **إقالة، أو تقايلاً**، كما سنرى في الفصل (٤٥) الباحث في انحلال العقد.

وإننا، بغية الدقة في تحديد المفاهيم العلمية ومنع الاشتباه، سنقصر لفظ **(إلزام)** ومشتقاته في العقود على المعنى الأول (إنشاء الالتزامات)، ونقتصر في المعنى الثاني (عدم إمكان الرجوع عن العقد) على لفظ **(اللزوم)** ومشتقاته.

وسنعرض ـ في هذا الفصل ثم الذي يليه ـ بعض المعلومات الإجمالية عن الإلزام واللزوم.

الإلزام:

٣٩/ ٢ ـ الإلزام أثر عام لجميع العقود بلا استثناء. فما من عقد صحيح إلا وينشىء التزاماً معيَّناً على أحد عاقديه، أو التزامات متقابلة معينة بينهما موزعة عليهما هي من **الآثار الخاصة** للعقد، بحسب موضوعه والشروط التي يتَّفق عليها عاقداه ضمن الحدود الجائزة شرعاً.

إنَّ البحث في أثر العقد الإلزامي، أي في إنشائه للالتزامات، يتناول النقاط التالية:

١ ـ تعريف الالتزام وتحديد أنواعه إجمالاً.

٢ ـ الفرق بين **الالتزامات** التي ينشئها العقد، **والحكم الأصلي** للعقد.

٣ ـ كيفية إنشاء العقد للالتزامات، ونظرية **مقتضى العقد**[1].

وإليك إيضاح هذه النقاط فيما يلي:

٣٩/ ٣ ـ تعريف الالتزام، وتحديد أنواعه:

الالتزام هو: **كون الشخص مكلفاً بفعل، أو بامتناع عن فعل لمصلحة غيره.**

أ ـ فضمان ما يتلفه شخص لآخر من أموال محترمة هو التزام يقع على عُهدة المتلف لمصلحة صاحب المال. وكذا التعويض عن كل ضررٍ يلحقه شخصٌ بآخر مباشرةً أو يسبِّبه له، فإنه التزام على المسبِّب لمصلحة المتضرِّر.

ونفقة الفقير العاجز على قريبه الغني في درجات معيَّنة من القرابة هي التزام على هذا الغني لمصلحة قريبه الفقير.

وتسليم المبيع، وضمان عيوبه الخفيَّة، هما التزامان على البائع

---

(١) **المقتضَى**: بصيغة اسم المفعول بمعنى «الموجَب» (بصيغة المفعول أيضاً).

لمصلحة المشتري. وكذا أداء الثمن، وتسلُّم المبيع، هما التزامان على المشتري لمصلحة البائع.

وكل من هذه الالتزامات في هذه الأمثلة هو **تكليفٌ بفعل**، **فهي التزامات إيجابية**.

ب ـ وعدم التعدّي على نفس إنسان أو جسمه أو ماله أو كرامته هو التزام يوجبه الشرع على كل مكلَّف.

وكذا عدم استعمال الوديعة، وعدم التقصير في حفظها، هما التزامان على كل وديع لمصلحة المودِع يوجبهما عقد الإيداع.

وكذا عدم تجاوز الحد المعتاد في استعمال العارية وفي استعمال المأجور هما التزامان على المستعير وعلى المستأجر لمصلحة المعير والمؤجر، ويجبان بعقدي الإعارة والإجارة.

وكل من هذه الالتزامات في هذه الأمثلة هو **تكليف بامتناع عن فعل**، **فهي التزامات سلبية**.

٣٩/ ٤ ـ ويتَّضح من هذه الأمثلة ما يلي:

١ ـ إن الالتزام قد ينشأ عن عقد، كالتزام المستأجر بالأجرة، والتزام البائع بضمان العيب. وقد ينشأ عن مصدر آخر غير العقد، كما في ضمان المتلفات، وتعويض سائر الأضرار، فإنَّ مصدره المباشر الذي نشأ الالتزام منه هو الفعل الضار؛ وكما في الالتزام بنفقة الأقارب، فإنَّ مصدره الشرع.

فإذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد سمي: **التزاماً عقدياً**.

وإذا كان ناشئاً عن مصدر آخر سمي: **التزاماً غير عقدي**.

٢ ـ الفرق بين الالتزامات والعقود:

فالالتزام هو غير العقد؛ ولا يجوز التعبير بالالتزامات عن العقود كما يفعل بعض الطلاب. فهذا التعبير خطأ فاحش، فإنَّ العقد مصدر من مصادر

الالتزام، أي أنه أحد الأسباب المولِّدة للالتزامات، لأنَّ الالتزام كما رأينا هو أثر حقوقي قد ينشأ عن عقد فيكون **التزاماً عقدياً**، وقد ينشأ عن سبب آخر كالغَصْب والإتلاف، فإنهما سببان لالتزام الغاصب والمتلف بالضمان المالي. (وسنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية حصر مصادر الالتزام).

والخلاصة أن بين العقد والالتزام الحاصل به ما بين المؤثِّر والأثر من العلاقة واختلاف المفهوم.

وبعد هذا التعريف والإيضاح لمعنى الالتزام نعود فنقول:

- إنَّ الإلزام (أي إنشاء الالتزامات بوجه عام بقطع النظر عن نوعها) هو **أثر عام** في كل عقد.

فلا يخلو عقد بين شخصين من إنشاء التزام على أحدهما، أو التزامات متقابلة عليهما. ذلك لأنَّ الغاية من كل عقد إنما هي الوصول إلى نتيجة حقوقية رضائية لم تكن حاصلة بين المتعاقدين قبل العقد، وإلا كان العقد عبثاً من قبيل تحصيل الحاصل.

- أما الالتزامات المعيَّنة التي ينشئها عقد معين، كالبيع والإجارة والرهن مثلاً، فهي **آثار خاصة لذلك العقد** الذي أنشأها، كالتزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المشتري بدفع الثمن نتيجة لعقد البيع، وكالتزام المرتهن بعدم التقصير في صيانة المرهون وبإعادته بعد وفاء الدَّين، ونحو ذلك مما سبقت أمثلته..

٣٩/ ٥ ـ الفرق بين الالتزامات العقدية والحكم الأصلي لكل عقد:

إنَّ الالتزامات التي ينشئها كل عقد بين عاقديه هي غير الحكم الأصلي لذلك العقد. وإيضاح ذلك أنَّ كل عقد يُنشىء نوعين من الآثار:

١ ـ الحكم الأصلي لذلك العقد.

٢ ـ والالتزامات المتنوعة التي ينشئها العقد.

(أ) فأما الحكم الأصلي فهو **الأثر النوعي** للعقد، أو هو الغاية الحقوقية الأساسية التي شُرع ذلك العقد ليكون طريقاً مشروعاً للوصول إليها.

وذلك كانتقال الملكية بعوض في عقد البيع، وبلا عِوَض في الهبة. وكتمليك المنافع موقتاً بعوض في الإجارة وبلا عِوَض في الإعارة. وكحِل المتعة الزوجية في عقد الزواج، وسقوط أسباب النزاع القائم بين المتنازعين في عقد الصلح، وهلم جراً...

يتَّضح بذلك أنَّ الحكم الأصلي لعقد هو الذي يعتبر **موضوعاً** لذلك العقد **حين التعاقد**، بالمعنى الذي سَبق شرحه للفظ «**الموضوع**» في الفصل الأول (ر: ف ٢٩/٤ ـ ٥).

(ب) وأما الالتزامات التي يُنشئها العقد فهي كل تكليف بفعل، أو بامتناع عن فعل يجب بمقتضى العقد على أحد العاقدين لمصلحة العاقد الآخر. كتسليم المبيع، وضمان العيب، وأداء الثمن، وعدم استعمال الوديعة، ونحو ذلك مما تقدَّمت أمثلته[1].

---

* (١) (ر: الدر المختار ورد المحتار، أوائل كتاب البيوع ٤/٦).

وإن هذا التمييز الذي ميّزناه بين **الحكم الأصلي** للعقد وبين **الالتزامات** التي ينشئها العقد هو المستفاد من مجموع نصوص فقهائنا في مختلف العقود. فإنَّ فقهاءنا في مطلع البحث عن كل عقد بعد تعريفه وبيان شرائطه يبينون في الغالب حكمه الأصلي، وكثيراً ما يميزون هذا الحكم الأصلي عن أحكام أخرى تنشأ بالعقد نفسه أيضاً يسمونها **أحكاماً تابعة أو تبعية**. فقد قال صاحب «الدر المختار» شرح «تنوير الأبصار» في أوائل كتاب البيوع ما نصه: «**وحكمه أي حكم البيع ـ ثبوت الملك**».

أي أنَّ حكم عقد البيع هو ثبوت ملكية المبيع للمشتري انتقالاً عن البائع.

قال ابن عابدين في حاشيته «رد المحتار» تفسيراً وتعليقاً على قول الشارح «**وحكمه ثبوت الملك**» ما نصه:

=

٦/٣٩ ـ نتائج هذا التمييز:

لهذا التمييز بين الحكم الأصلي للعقد وبين الالتزامات التي ينشئها العقد نتيجتان مهمتان:

النتيجة الأولى: أنَّ الحكم الأصلي يتحقق وينفذ بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، فلا يحتاج إلى تنفيذ. فبمجرد انعقاد البيع صحيحاً تنتقل الملكية إلى المشتري. وكذا بمجرد الانعقاد الصحيح في الإجارة والنكاح والصلح يملك المستأجر منفعة المأجور، وتحل العشرة الزوجية بين الزوجين، وتمتنع الخصومة القضائية في الحقوق التي كانت هي محل النزاع بين المتصالحين، وهلمَّ جراً...

ذلك لأنَّ كلاً من هذه الأحكام هو الغاية الأساسية التي شرع العقد طريقاً موصلاً إليها، فمبجرد انعقاده صحيحاً يوصل إلى هذه الغاية.

أما الالتزام فلأنه تكليف على شخص لمصلحة آخر، وكل تكليف يحتاج إلى تنفيذ، لذلك لا يتحقق مقتضاه بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، بل لا بد لتحقق مقتضاه من أن يقوم بتنفيذه بعد العقد ذلك العاقد الملتزم به.

ومن هذه النتيجة تُنصب علامة فارقة لتمييز الحكم الأصلي عن الالتزام بين مجموع آثار العقد، وهي:

= **«أي ثبوت الملك في البدلين: لكل منهما (أي المتبايعين) في بدل. وهذا حكمه الأصلي. والتابع (أي حكمه التبعي) وجوب تسليم المبيع والثمن، وثبوت الشفعة لو المبيع عقاراً..» إلخ..**

فأفاد، كما ترى، أنَّ للبيع حكماً أصلياً واحداً هو نقل الملكية بعوض، وأحكاماً تبعية أخرى تابعة لذلك الحكم الأصلي. وهذه الأحكام التبعية هي ما نسميه اليوم **الالتزامات الناشئة بالعقد**؛ وهي غير الحكم الأصلي.

وسنرى قريباً (ف ٧/٣٩) أنَّ هذه الالتزامات ما كان منها من ترتيب الشارع بحيث يثبت دون اشتراط من أحد العاقدين يسمى **مقتضى العقد**، كوجوب تسليم المبيع والثمن بعد البيع.

ان ما يفهم الإنسان حصوله بمجرد سماعه بوقوع العقد الصحيح هو الحكم الأصلي لذلك العقد. وما لا يفهم حصوله بالعقد، بل يحتاج العلم بحصوله إلى استفهام، فهو التزام.

فمن سمع أنَّ فلاناً قد باع سيارته يفهم أنَّ ملكيتها قد انتقلت إلى المشتري فأصبح هو مالكها، ولكنه لا يستطيع أن يفهم من وقوع البيع الصحيح أنَّ ثمنها قد دفعه المشتري، وأنَّ البائع قد سلَّمها إليه، لأنَّ وجوب دفع الثمن وتسليم المبيع هما التزامان يحتاجان إلى تنفيذ من قبل الملتزم، ولا يتحقق مقتضاهما بمجرد العقد كما يتحقق به انتقال ملكية المبيع.

وكذا من سمع بزواج امرأة لا يفهم من مجرد وقوع العقد أن الزوج قد دفع المهر. ومن سمع بأنَّ فلاناً أودع متاعاً عند آخر لا يفهم أنَّ الوديع كان مدة الإيداع قائماً بالتزامه في الامتناع عن استعمال الوديعة.

النتيجة الثانية: أنه عند اختلاف المتعاقدين في تنفيذ بعض الالتزامات العقدية تُعتبر تلك الالتزامات غير منفذة حتى يثبت الملتزم المكلف بها أنه قد نفذها.

فلو أنكر المشتري قبض المبيع، كان على البائع إثبات التسليم.

ولو أنكر البائع قبض الثمن كان على المشتري إثبات الدفع. وهكذا يقال في كل التزام.

٣٩/٧ ـ كيفية إنشاء العقد للالتزامات، ونظرية مقتضى العقد:

إنَّ الالتزامات التي ينشئها العقد بين الطرفين نوعان:

أ ـ فمنها التزامات يستلزمها العقد فيُعتبر العاقد مكلفاً بها **دون حاجة إلى اشتراطها عليه صراحة** من قبل العاقد الآخر. وذلك كالتزام البائع بتسليم المبيع وبضمان العيب، والتزام المشتري بدفع الثمن في **عقد البيع**؛ وكالتزام المؤجِّر بتسليم المأجور والتزام المستأجر بدفع الأجرة وبعدم التعدي على المأجور في عقد الإجارة.

فهذه الالتزامات وأمثالها في كل عقد قد نظمها الشرع آثاراً للعقد الذي ينشئها بحسب الحاجة، تحقيقاً للتوازن الواجب الرعاية بين العاقدين في الحقوق والوجائب. وبذلك يستغني العاقدان عن ذكر هذا النوع من الالتزامات في كل عقد، اعتماداً على ما هو مقرَّر في النصوص الشرعية.

ومجموعة هذا النوع من الالتزامات في كل عقد تسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة **مقتضى العقد**.

ومرجع معرفة هذا النوع وتحديد ما يدخل في مقتضى العقد هو نصوص الشريعة وآراء الفقهاء في الباب المخصوص لكل عقد من العقود المسماة[1] أي المعينة.

ب ـ وما سوى ذلك من الالتزامات العقدية لا يجب على أحد العاقدين إلا إذا اشترطه عليه العاقد الآخر في العقد. وذلك كما لو اشترط بائع الفرس أن يظل مستعملاً لها بعد البيع بقية الشهر، أو اشترط المشتري على البائع إيصال المبيع إلى بيته، أو اشترط الواهب على الموهوب له تعويضاً عن الهبة. أو اشترط البائع عدم ضمانه ما يظهر في المبيع من عيوب خفية، أو اشترط المؤجر دفع الأجرة سلفاً عن مدة الإجارة كلها. فكل ذلك وأمثاله، مما لم توجبه نصوص الشريعة ولا اجتهاد الفقهاء، لا يكون من مقتضى العقد ولا يترتَّب على العاقد إلا بالشرط.

هذا وسنرى في بحث سلطان الإرادة العَقدية ما يجوز اشتراطه شرعاً من الالتزامات وما لا يجوز.

---

(١) العقد المسمى هو كل عقد له اسم يميزه عن سواه وقد نظم الشرع له أحكاماً تخصه، كالبيع والإجارة، إلخ... (ر: ف ١/٤٦، ف ٣/٤٧).

الفصل الأربعون

آثار العقد ـ اللزوم

١/٤٠ ـ ينقسم هذا الفصل إلى مطلبين:

الأول: في بيان متى تثبت صفة اللزوم للعقد؟

الثاني: في نظرية عدم اللزوم، والعقود غير اللازمة.

المطلب الأول:

متى تثبت صفة اللزوم للعقد؟

خيار المجلس واختلاف الاجتهادات فيه

٢/٤٠ ـ قلنا: إنَّ اللزوم معناه أن لا يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل من قيده ما لم يتفقا على الإقالة، فإن العقد رابطة تقيِّد المتعاقدَين، وإنَّ إرادة أحد الطرفين لا تستطيع هدم العقد ولا تعديله.

واللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية.

وقد رأينا فيما سبق أنَّ العقد يتكوَّن من إرادتين جازمتين، مظهرهما بالتعبير المعرب عنهما، وهو **إيجاب وقبول** أو ما يقوم مقامهما.

ومن مقتضى ذلك أنْ يتم العقد وينبرم بمجرد الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما فوراً دون توقُّف على فعل آخر. فتثبت آثار العقد، ويصبح لازماً بمجرد تمامه، فلا يكون لأحدهما أن يرجع في العقد بعد الانعقاد الحاصل من ارتباط الإيجاب بالقبول.

وهذا ما أقره فقهاؤنا قاعدة في العقود، لا يشذُّ عنها إلا طائفة من العقود تقتضي طبيعتها عدم اللزوم، وتسمى: «**العقود غير اللازمة**»، وإِلا ما وجب فيه خيار لأحد العاقدين باشتراطهما أو بإيجاب الشرع، مما سيأتي بيانه قريباً.

والاجتهادات الإسلامية متفقة على أنَّ العقد متى اكتسب صفة اللزوم ليس لأحد العاقدين فيه رجوع إلا باتفاقهما، لأنَّ في نقض العقد تغييراً للوضع الحقوقي الذي استقرَّ بين العاقِدَين؛ فيتوقَّف النقض على التراضي، كأصل العقد.

غير أنَّ الاجتهاداتِ الإسلامية مختلفة في الوقت الذي يكتسب فيه العقد اللازم صفة اللزوم:

ـ فذهب الاجتهادان الشافعي والحنبلي إلى أنه في عقد البيع وسائر العقود اللازمة القابلة للفسخ، كالإجارات والصلح عن مال بمال، لا يكتسب العقد صفة اللزوم إلا بعد أن ينقضي مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانهما، أما قبل ذلك فلكل واحد من العاقدَين أن يرجع عن العقد.

ومستند هذا الاجتهاد ما ورد في الحديث الثابت عن النبي ﷺ أنه قال: «**المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا**».

وحكمة ذلك فسح المجال للتروي والتبصُّر كي لا يكون العاقد مأخوذاً ببديهته. ويسمون هذا الخيار «**خيار المجلس**».

ـ وذهب الاجتهادان الحنفي والمالكي إلى أنَّ العقد اللازم متى انعقد أصبح مبرماً بمجرد تمام الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من فعل أو دلالة؛ وليس لأحد العاقدَين رجوع إلا بموافقة الطرف الآخر. وعلى هذا يجري القضاء في جميع البلاد الإسلامية اليوم.

وأصحاب هذا الاجتهاد يؤولون ذلك الحديث الوارد في خيار المجلس تأويلاً آخر، وينزلون الخيار والتفرُّق الواردين فيه على معنى يتفق

مع مذهبهم؛ ويستدلون على اللزوم الفوري في العقود اللازمة، ومنها البيع، بأدلة أخرى من الكتاب والسنة والقياس. (ر: كتاب «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة، ف/١٠٧).

وهذا الاجتهاد يتفق والنظر الحقوقي الحديث، وهو أقطع للخلاف بين المتبايعين، وأجرى مع الحاجة العملية إلى البتات السريع في مؤاخذة المرء بإرادته الجازمة المنشئة في التصرفات المدنية، ومتفق أيضاً مع نظرة الشارع الإسلامي في سائر العقود الأخرى التي هي أعظم من البيع شأناً وأكبر خطراً كعقد النكاح، إذ لم يجعل في شيء منها خياراً طبيعياً بعد تمام القَبول.

وخير تأويل نراه لذلك الحديث الوارد في خيار المجلس هو أنَّ المراد بالخيار فيه هو **خيار الطرفين خلال إجراء العقد** في الفترة التي بين الإيجاب والقبول؛ وأنَّ المراد بالتفرُّق هو انقضاء مجلس العقد سلباً أو إيجاباً: أي أنَّ الموجب مخيَّرٌ في الاستمرار على إيجابه أو الرجوع عنه قبل القَبول، كما أنَّ الطرف الآخر مخيَّرٌ في أن يقبل أو لا يقبل حتى يتفرَّقا، أي حتى ينقضي مجلس العقد، إذ يستلزم انقضاؤه تفرقهما.

وهذا التفرق يكون:

ـ إما بالإعراض أو الرفض الصريح؛ فيبطل الإيجاب ولا يصح أن يبنى عليه قبول.

ـ وإما بالقبول؛ فينبرم العقد، ويُلزم كل من الطرفين بمقتضاه[1].

---

* (١) يصرِّح معظم ناقلي هذا الخلاف الاجتهادي في خيار المجلس بأنَّ تأويل هذا الحديث الوارد في خيار المتبايعين عند الحنفية هو أنَّ التفرق المذكور فيه محمول على تفرق **أقوالهما** بوقوع القبول وانبرام العقد. (ر: الهداية، والكفاية، أوائل البيع).
لكن في ذلك شيئاً من التكلف في تأويل معنى التفرق.
فالأفضل ما بيناه هنا، فيكون غرض الحديث إنما هو بيان مدة ذلك الخيار الثابت للمتبايعين كليهما بين الايجاب والقبول وتحديدها **بانقضاء المجلس**.

المطلب الثاني:

نظرية عدم اللزوم، والعقود غير اللازمة

١ ـ عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد: الأنواع الثلاثة لهذا القسم ـ عقد الاستصناع.

٢ ـ سلب اللزوم عن العقود اللازمة وحالاته: (أ) حالة الفساد. (ب) حالة الإكراه. (ج) حالة الخيارات العقدية.

٤٠/٣ ـ إنَّ اللزوم بوجه عام قد يتخلَّف عن بعض العقود، فيستطيع كل من الطرفين أو أحدهما فقط أن يتحلل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد إرادته دون توقف على رضا الطرف الآخر.

وانتفاء صفة اللزوم هذه من العقد يكون تارةً مطلقاً وتارة مقيَّداً بحال مخصوصة؛ وهو يرجع إلى أحد سببين:

ـ إما لأنَّ طبيعة العقد وغايته تقتضي عدم اللزوم، وعندئذ يسمى العقد: **عقداً غير لازم**، إذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة في نوع العقد.

ـ وإما لعروض حالات عامة تستوجب سلب صفة اللزوم عن العقود اللازمة نفسها، وتقتضي منح عاقدها الحق في فسخها، فيصبح معها العقد اللازم غير لازم.

وعلى هذا، يتشعَّب البحث في هذا المطلب إلى شعبتين:

الشعبة الأولى

عدم اللزوم بمقتضى طبيعة العقد

٤٠/ ٤ ـ وهذا في العقود التي تسمى: عقوداً غير لازمة، لأنَّ عدم اللزوم، ولو في بعض الأحوال، هو صفة ثابتة لها.

وهي تسعة عقود نقسمها إلى **ثلاثة أنواع** بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقاً أو مقيداً، وكونه أصلياً أو استثنائياً.

٤٠/ ٥ ـ النوع الأول: عقود غير لازمة مطلقاً في حق كلا الطرفين. وجملة هذا النوع خمسة عقود: الإيداع، الإعارة، الشركة والمضاربة، الرهن، الكفالة.

١ ـ الإيداع:

وهو عقد يرد على حفظ الشيء لدى غير صاحبه.

فلكل من الطرفين، أعني المودِع والوديع المكلَّف بالحفظ، أن يفسخ عقد الإيداع بمحض إرادته. ذلك لأن المودِع مستعين بغيره على الحفظ، فله أن يترك هذه الاستعانة متى شاء أو احتاج إلى وديعته؛ ولأنَّ الوديع أيضاً متطوّع بالمعونة في هذا الحفظ، فله أن يتخلى عن هذه المعونة متى شاء.

وينبغي أن يلحظ هنا أنَّ الإيداع إذا كان على أجر مفروض للوديع يصبح استئجاراً على الحفظ لا إيداعاً، وعندئذ يأخذ حكم الإجارة الآتي بيانه في النوع الثالث من حيث اللزوم، فلا يستطيع الوديع الفسخ والتخلي متى شاء لأنه حينئذ أجير.

٢ ـ الإعارة:

وهي عقد يرد على تمليك المنفعة مجاناً، فهو تبرُّع بالمنافع.

فللمستعير أن يستغني عن الانتفاع، فيفسخ العقد ويرد العارية متى شاء.

وكذا للمعير المتبرِّع أن يرجع ويسترد عاريته متى شاء، سواءٌ أكانت موقتة بمدة لم تنته أو غير موقتة.

لكن يلحظ هنا ما يجب على المالك المعير في **العارية الموقتة** إذا رجع واستردها **قبل الوقت المحدد** في العقد، فإنه يضمن للمستعير ما يسببه له رجوعه من ضرر، إذ هو مغرور من قبله كما تقدم (ر: ف ٢٥/ ٤ ـ ٥).

وفي المال المعار لأجل الرهن إذا رهنه المستعير في دينه ثم أراد المالك المعير استرداده، فإنَّ عليه أن يؤدي إلى الدائن المرتهن الدَّين المرهون فيه، ثم يرجع المعير على المستعير بما أدى عن ذمته.

٣ ـ الشركة والمضاربة[1]:

فإنهما يحق فسخهما وتصفيتهما لكل من الشريكين متى شاء، على أن يُعلم الشريك الآخر، فلا يسري حكم الفسخ إلا من تاريخ علمه (المجلة/ ١٣٥٣ و ١٤٢٤).

٤ ـ الرهن:

فإنه لازم في حق الراهن المدين، غير لازم في حق المرتهن الدائن، لأنه توثيق لحقه، فله أن يتخلى عنه ويتنازل، فيعاد المرهون إلى الراهن (ر: ف٤٧/ ٩).

٥ ـ الكفالة:

فالكفالة كالرهن لازمة بحق الكفيل، وغير لازمة بالنسبة إلى الدائن

(١) المضاربة: شركة بين طرفين، على أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر. وتسمى أيضاً: قِراضاً (بكسر القاف).

المكفول له كما بينا في الرهن بالنسبة إلى المرتهن.

٤٠/٦ ـ النوع الثاني: عقود الأصل فيها عدم اللزوم، ولكنها تلزم في بعض الأحوال.

وجملة عقود هذا النوع أربعة هي: الوكالة، التحكيم، الوصية، الهبة.

١ ـ الوكالـة:

وهي عقد يفوِّض به الإنسان غيره وينيبه عن نفسه في التصرُّف.

فلكل من الطرفين أن يفسخ عقدها متى شاء. فالوكيل يستطيع عزل نفسه، كما أنَّ للموكل أن يعزله، لأنَّ الوكالة استعانة وإعانة، فللموكل أن يكفَّ عن الاستعانة، كما أنَّ للوكيل أن يكف عن الإعانة.

ويلحظ أنه لا يسري حكم العزل إلا من تاريخ عِلم الطرف الآخر (المجلة/ ١٥٢٣ ـ ١٥٢٤).

ولكن الوكالة إذا تعلَّق بها حق شخص ثالث تصبح لازمة ويمتنع فيها العزل والفسخ بلا رضى ذلك الشخص، وذلك في عدة حالات:

فمن ذلك ما لو رهن المدين مالاً، ووكل وكيلاً بناء على طلب الدائن لبيع الرهن إذا لم يؤد الدين عند حلوله؛ فلا يملك الموكل ولا الوكيل فسخ هذه الوكالة دون موافقة الدائن المرتهن لتعلق حقه بهذه الوكالة تسهيلاً لاستيفاء دينه.

وكذا لو أراد المدين السفر فطلب الدائن من الحاكم منعه أو يوكل وكيلاً عنه ليتمكن من مخاصمته، فوكل المدين وكيلاً بالخصومة بناء على هذا الطلب من الدائن، وسافر، فليس له عزل هذا الوكيل. (ر: المجلة/ ١٥٢١).

٢ ـ التحكيـم:

وهو أن يلجأ طرفان مختصمان إلى شخص يختارانه برضاهما ليفصل في الخلاف الذي بينهما، بدلاً من القاضي.

فلكل من الطرفين أن يفسخ عقد التحكيم ويعزل المحكَّم قبل أن يحكم.

أما بعد صدور الحكم منه فلا، بل يصبح التحكيم لازماً (ر: المجلة/ ١٨٤٧).

٣ ـ الوصيـة:

وهذه من تصرُّفات الإرادة المنفردة فيجوز للموصي فسخها والرجوع فيها ما دام حياً. فإذا مات انقلبت لازمة في حدود ثلث ماله؛ ولا ينتقل حق الرجوع إلى ورثته.

٤ ـ الهبـة:

ففي الهبة شيء من معنى عدم اللزوم، إذ يجوز الرجوع فيها واسترداد الموهوب ما لم يمنع منه أحد موانع سبعة معروفة في بابها. فإذا وجد شيء من موانع الرجوع هذه تصبح الهبة معه لازمة لا يسوغ للواهب الرجوع فيها.

ومن تلك الموانع التي تصبح معها الهبة لازمة كون الموهوب له زوجاً للواهب أو من أقاربه المحارم؛ وكذا هلاك المال الموهوب عند الموهوب له، أو خروجه عن ملكه ببيع أو بغيره من الأسباب الناقلة للملكية.

وعلى كل يتوقف الرجوع في الهبة على القضاء أو الرضاء، فلا تعود

الهبة إلى ملك الواهب بمجرد رجوعه، بل حتى يرضى الموهوب له، أو يقضي القاضي للواهب بالرجوع عند انتفاء جميع موانعه[1].

* (١) يجب أن يلحظ أنَّ المال الموهوب لو كان عقاراً وسجلت الهبة في السجل العقاري وفقاً للمراسم التي توجبها النظم العقارية لدينا لا يكون هذا التسجيل مانعاً للواهب من الرجوع.

غير أنَّ الدائرة المدنية في محكمة التمييز السورية (محكمة النقض) قد ذهبت أخيراً إلى عكس ذلك، فاعتبرت تسجيل الهبة في السجل العقاري مانعاً للواهب من الرجوع بحجة أنَّ هذا التسجيل يقوم مقام القبض اللازم شرعاً لتمام الهبة في العقار الموهوب، وأنَّ قيود السجل العقاري تعتبر قطعية بالنظر القانوني، وخاصة بمقتضى المادتين /١٣ و ١٧/ من القانون ذي الرقم/١٨٨/ اللتين توجبان بقاء الحق العقاري المكتسَب بالتسجيل لصاحبه وعدم قبول طعن يبطله إلا في حالات مخصوصة عينها التشريع العقاري نفسه.

(ر: قرار محكمة التمييز السورية الصادر في ١ جمادى الأولى /١٣٦٨ هـ = ٢٨ شباط/ ١٩٤٩ م، برقم /١٣/ أساس مدني /٩٩/، وكذا القرار الصادر قبله في ١٠ صفر ١٣٦٧ هـ = ٢٣ كانون الأول ١٩٤٧ م، برقم /١٧٣/ أساس/ ٢٠١).

ولا يخفى أنَّ هذا الاعتبار غير سديد، فإنَّ الرجوع في الهبة العقارية ليس طعناً في قيود السجل العقاري، وإنما هو سببٌ جديد موجِبٌ لإعادة نقل الملكية إلى الواهب بمقتضى حق الرجوع الذي منحه إياه التشريع.

وإنَّ المادتين /١٣ و ١٧/ المستَنَد إليهما إنما معناهما منع الادعاء ببطلان الحقوق العقارية المسجلة عن طريق الطعن في صحة اكتساب هذه الحقوق وتسجيلها، لا منع الادعاء بمقتضى الأسباب الحادثة المشروعة في المعاملات، مما يوجب حدوثه إعادة نقل الملكية.

فحق الواهب في الرجوع يشبه حق المشتري بخيار الشرط، فإنَّ من اشترى العقار واشترط لنفسه الخيار مدة معينة وسجل العقد بهذا الشرط، تنتقل إليه ملكية المبيع، لأنَّ الخيار المشروط للمشتري لا يمنع انتقال الملكية إليه (ر: المجلة ٣٠٩)، ومن البديهي أنه يحق بعد ذلك للمشتري أن يستعمل حقه في فسخ البيع العقاري المسجل، ولا يعتبر ذلك مخلاً بمبدأ قطعية القيود العقارية، لأنَّه ليس طعناً في هذه القيود، وإنما هو استعمال حق مشروع بإعادة الملكية بمقتضى خيار الشرط المسوِّغ لفسخ العقد.

فأيُّ فرق يمكن أن يرى بين خيار أوجبه الشرط السائغ، وخيار أوجبه الشرع؟ وليس تسجيل العقد العقاري إلا من قبيل المراسم الشكلية التي أوجبها القانون، ليصبح بها العقد على العقار في قوة العقد المنفذ على المنقول، فلا يمنع هذا التسجيل أي حق ـ

٧/٤٠ - النوع الثالث: عقود، الأصل فيها اللزوم، ولكن في طبيعتها شيئاً من عدم اللزوم في ظروف محدودة.

هذا النوع عكس النوع الثاني؛ وجملة عقوده اثنان، هما: الإجارة، والمزارعة.

١ - الإجـارة:

فإنَّ الأصل فيها اللزوم في حق المتعاقدَين، فيجبر الطرفان على تنفيذها؛ غير أنَّ فقهاءنا قرروا فيها جواز العدول والفسخ **بالأعذار الطارئة**، إذ يكون تنفيذ الإجارة عندئذ إهداراً مالياً أو إضراراً غير معقول.

وذلك كما لو استأجر الإنسان دابة للسفر، ثم عدل عن السفر، أو استأجر طباخاً لوليمة ثم صرف النظر عنها، أو استأجر طبيباً لقلع ضرس أو لإجراء عملية جراحية ثم سكن ألمه فعدل عن إجرائها.

غير أنَّ من المعقول فقهاً أن يلزم المستأجر عندئذ بتعويض الضرر على الطرف الآخر إذا فوجىء بالفسخ بعد أن كلفه ما كلفه التهيؤ للعمل من مال أو وقت أو تعطيل؛ وهذا ما يوجبه النظر القانوني الحديث، وإن قواعد التسبُّب في فقهنا لا تأباه، وإن لم ينص فقهاؤنا عليه.

٢ - المزارعـة:

وهي نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع، تكون فيها الأرض من طرف، والعمل من طرف آخر (المجلة/ ١٤٣١).

= مشروع بعد العقد، ولذا لا يكون أيضاً بيع العقار وتسجيله مانعاً للمشتري من أن يستعمل خيار العيب أو خيار الوصف مثلاً في فسخه بمقتضى الأحكام المدنية النافذة إذا ظهر فيه عيب قديم، أو ظهر فيه وصف مخالف للمشروط، ولم يوجد مسقط من مسقطات الخيار، فتأمل.

ولئن اعتبر تسجيل الهبة العقارية قائماً مقام قبض العقار الموهوب - كما عللت محكمة التمييز قراريها المبحوث عنهما - فإنَّ قبض الموهوب لا يمنع الرجوع في الهبة، فكذلك التسجيل.

فيجوز للطرف الذي عليه تقديم البذر أن يعدل عن المزارعة ويفسخ عقدها، ولكن ذلك قبل إلقاء البذر في الأرض.

وملحظ الفقهاء في هذا أنَّ إجباره على الاستمرار في المزارعة يقتضي إلزامه بإتلاف ماله، وهو البذر، ولا يدري هل ينتج أو لا ينتج؟ فصار كما لو استأجر الإنسان عاملاً لهدم داره ثم بدا له العدول عن الهدم، فإنَّ له ذلك.

أما بعد إلقاء البذر في الأرض فتصبح المزارعة لازمة حتى في حق صاحب البذر. (الدر المختار ورد المحتار ٥/ ١٧٧)[١].

ويلاحظ أنَّ الفسخ في هذه العقود غير اللازمة ليس له استناد (أي تأثير رجعي)، فعزل الوكيل لا ينقض تصرفاته السابقة، ورجوع الواهب بعد ولادة الدابة الموهوبة لا يوجب للواهب أخذ ولدها معها، بل يبقى للموهوب له لأنه حَصَل في ملكه. (ر: المجلة/ ٨٦٩).

وهكذا يلحظ في بقية المسائل.

تلك هي العقود الأحد عشر التي ينتفي فيها اللزوم انتفاءً مطلقاً أو مقيَّداً على اختلاف درجاته فيها.

وهناك عقد ثاني عشر نفرده بالذكر في هذه المناسبة، كان يعتبر في أصل المذهب الحنفي غير لازم، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازماً[٢] وهو: **الاستصناع**.

---

(١) يلحظ هنا أنَّ صاحب البذر إذا أراد الفسخ قبل أن يبذره، لا عدولاً منه عن المزارعة، بل لأنه وجد عاملاً أرخص من المزارع الذي تعاقد معه، أو لأنه يريد أن يعمل بنفسه؛ فليس له الفسخ، بل يلزم بعقده مع المزارع إلى المدة المتفق عليها.
ومثل ذلك يلحظ في مسألة استئجار العامل لهدم بناء ونحو ذلك إذا أراد المستأجر فسخ الإجارة: فلو عدولاً منه عن العمل جاز، ولو تبديلاً للعامل لم يجز. (ر: رد المحتار في المحل المذكور).
وذلك بالنظر إلى مشروعية الباعث وعدمها كما تقدم. (ر: ف ٢٩/ ٤ الحاشية).

(٢) وكذا بمقتضى أحكام القانون المدني الذي حلَّ محل المجلة.

٤٠/٥ ـ عقد الاستصناع:

فالاستصناع ـ وهو شراء ما سيصنع بطريق التوصية ـ يجوز لكل من الطرفين فسخه في أصل المذهب بلا خلاف ما دام الشيء لم يصنع. أما بعد صنعه وإحضاره فيكون للمستصنع حق في الفسخ من قبيل خيار الرؤية على الرأي الراجح.

غير أنَّ المجلة في المادة /٣٩٢/ أخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده، إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المعينة في العقد[1].

---

* (١) جاء في لائحة الأسباب الموجبة من مقدمة المجلة أنها اختارت قول أبي يوسف بعدم خيار المستصنع إذا أحضر الصانع المصنوع بعد العمل موافقاً للشروط، وذلك وفقاً لما تقضي به المصلحة الزمنية.

والمنقول في كتب المذهب أن أبا يوسف لا يقول بعدم خيار المستصنع إلا بعد الصنع وإحضار الصانع المصنوع موافقاً للأوصاف المشروطة. أما قبل الفراغ من صنعه أو بعد الفراغ قبل إحضاره فلا خلاف في أنَّ المستصنع مخيَّر، كما في «البدائع» و «رد المحتار» وغيرهما.

لكن نص المادة /٣٩٢/ من المجلة جاء صريحاً في أنه بعد انعقاد الاستصناع لا خيار لأحد من الطرفين إلا إذا جاء المصنوع مغايراً للأوصاف المشروطة. فأفاد إطلاق نصها اللزوم بحق الطرفين قبل الصنع بعد انعقاد العقد، وهو ليس قولاً لأحد في المذهب.

فهل تحمل المادة المذكورة على تفصيل قول أبي يوسف بناءً على ما جاء في لائحة الأسباب الموجبة للمجلة من أنها أخذت بقوله، أو يقال أن نصها صريح في إطلاق اللزوم وهي قانون آمر، فيحكم بلزوم العقد مطلقاً ولو قبل العمل، إذ ليس في نص المادة احتمال أو غموض حتى يحمل على تفصيل رأي أبي يوسف الذي أشارت إلى أخذه لائحة الأسباب الموجبة؟

القضية محل نظر، والأوْجَه الاعتبار الثاني، لأنَّ الظاهر أنَّ المجلة اتخذت نظرية أبي يوسف أساساً وتوسَّعت فيها بالتعديل في بعض نواحيها بحسب المصلحة الزمنية، وقد اقترنت بالإرادة السلطانية، فأصبحت قانوناً، فالعبرة لنصها لا للنصوص التي استمدت منها. هذا وبعد كتابة ما تقدم نبهت إلى أن ما أخذت به المجلة هو رواية أخرى عن أبي يوسف مصرح بها عنه في كتاب المحيط البرهاني، وهو من عمدة مراجع المذهب الحنفي، فلم يبق في صنيع المجلة إشكال.

وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع.

الشعبة الثانية:

سلب اللزوم عن العقود اللازمة

٤٠/٦ ـ إنَّ ما سوى هذه العقود الاحد عشر السالفة البيان هي عقود لازمة لزوماً مطلقاً في جميع الأحوال العادية، فلا يسوغ لأحد عاقديها أن يتحلَّل منها إلا برضى الآخر، كما بينا.

غير أنَّ هناك أسباباً عامة يمكن أن تعتري العقود اللازمة فتجعل للعاقدين أو لأحدهما حق الفسخ، فإذا وجد شيء من تلك الأسباب في عقد لازم يسلب منه صفة اللزوم ما دام السبب الموجب لحق الفسخ قائماً.

وتلك الأسباب قد تقدَّمت الإشارة إلى بعضها في بعض المناسبات، وهي ترجع إما إلى ضرورة احترام الشرائط الشرعية لصحة العقد، وإما إلى ضرورة احترام إرادة العاقد وصيانة حقوقه الناشئة من العقد.

وعن هذا كان سَلْبُ صفة اللزوم عن العقود اللازمة إنما يتجلى في **الحالات الثلاث** التالية:

٤٠/٧ ـ (أ) حالة الفساد:

فإنَّ العقد الفاسد يحق لكل من الطرفين وللحاكم أيضاً فسخه ما لم يمنع من الفسخ مانع شرعي؛ فهو، ما دام قابلاً للفسخ، عقد مسلوب اللزوم (ر: البدائع ٥/ ٣٠٠).

وسنرى أيضاً معنى الفساد وحكمه في نظرية المؤيِّدات الشرعية (ر: ف/١٥٦/١ و ٥٦/٥).

٤٠/٨ ـ (ب) حالة الإكراه:

فإنَّ العقد الواقع بالإكراه يحق لعاقده المستكره عليه فسخه أو إمضاؤه

بعد زوال الإكراه، كما تقدَّم في موضعه، فهو في النتيجة عقد مسلوب اللزوم في حقه، سواء اعتبر بالإكراه فاسداً أو موقوفاً، على الخلاف الاجتهادي السابق الذكر في صفته (ر: ف ٣٤/ ٤ الحاشية).

٩/٤٠ ـ (ج) حالة الخيارات العقدية:

فإنَّ ثبوت الخيار لأحد العاقدين في فسخ العقد معناه سلب صفة اللزوم من العقد في أصله.

ولذا اعتبر الفقهاء من شرائط لزوم العقود اللازمة أن لا يكون فيها خيار لأحد العاقِدين (المجلة/ ١١٤ ـ ١١٦).

وهذه الخيارات منها ما يتوقف ثبوته على اتفاق إرادة العاقدين عليه، فلا يثبت إلا باشتراطهما، فيعتبر من قبيل الشروط العقدية، وذلك خيار الشرط وخيار النقد اللذان سلف إيضاح معناهما في بحث القياس (ر: ف ١١/ ثامناً).

ومنها ما يثبت بإيجاب الشرع لمصلحة أحد العاقدين صيانة لحقوقه، فيكون نتيجة لبعض عيوب الرضا المتقدِّمة في بحث شوائب الإرادة، من خِلابة، أو تدليس عيب، أو تجزئة صفقة إلخ. . . (ر: ف ٣٥/ ١ ـ ٣٧/ ١).

فيحق لصاحب الخيار فسخ العقد أو إمضاؤه، ما لم يوجد مسقط للخيار أو مانع شرعي يمنع ممارسته[1]، مما هو معروف في مواطنه ومباحثه من الأبواب الفقهية، وفي المواد / ٣٠٠ ـ ٣٦٠/ من المجلة.

هذا، وإنَّ بعض تلك الخيارات العقدية يتوقف على القضاء، فلا يثبت لصاحبه ولا يقبل منه الفسخ قبل قضاء القاضي، كما في خيار العيب لأنه من المواطن التي تحتاج إلى خبرة وتحقيق قضائي في وجود العيب المسوِّغ للفسخ.

---

(١) كما لو وجد في المبيع عيب قديم، وحدث فيه عند المشتري عيب حادث، فيمتنع عليه فسخ البيع بسبب العيب القديم.

وبعضها لا يَحتاج إلى القضاء، بل يستطيع صاحب الخيار بعد تحقق سببه في الواقع أن يمارس خياره في فسخ العقد، فيكون فسخه نافذاً قبل أن يقضى به، كما في حالة خيار الشرط، وخيار تفرق الصفقة.

٤٠/١٠ ـ هذا ويجب أن يلاحظ في هذه الحالات الثلاث التي ينسلخ فيها اللزوم عن العقود اللازمة بسبب الفساد أو الإكراه أو الخيار، أنَّ فسخ العقد فيها يكون مستنداً لا مقتصراً، أي أنه يكون له انعطاف وتأثير رجعي ينسحب فيه الانفساخ على الماضي، فيجعل العقد كأنه لم ينعقد من أصله. وذلك على خلاف حكم الفسخ بسبب عدم اللزوم في العقود غير اللازمة كما تقدم (ر: ف ٤٠/٧).

٤٠/١١ ـ وهذه الخيارات العقدية التي تنشأ عن ظهور حالات تشوب إرادة العاقد بشائبة من عيوب الرضا، وتسلب اللزوم من **العقد اللازم** هي كثيرة غير محصورة بما تقدَّم ذكره في بحث شوائب الإرادة.

وقد أوصلها الفقهاء إلى أكثر من عشرين خياراً. منها خيار الكمية، وخيار كشف الحال وغيرهما[(١)].

وأحكامها مفصَّلة في مظانها ومناسباتها من كتب الفقه. (ر: «الدر المختار ورد المحتار» أول باب خيار الشرط ٤/٤٥ ـ ٤٦؛ و «الأشباه والنظائر» لابن نجيم بحاشية الحموي أول أحكام الفسوخ، ج ٢، الفن ٣، ص/١٩٤ ـ ١٩٥).

وقد تناولت المجلة من الخيارات بالبحث سبعة أساسية هي: خيار الشرط، والوصف، والنقد، والتعيين، والرؤية، والعيب، والغبن بالتغرير؛

---

(١) **خيار الكمية**: كما لو اشترى شيئاً بما في جيبه أو حقيبته من النقود دون بيان مقدارها، فإنَّ للبائع الخيار عندما يعرف مقدارها.

وخيار كشف الحال: كما في البيع بمكيال أو بوزن حجر لا يعلم مقداره بالوحدات القياسية العرفية، فإنَّ للمشتري الخيار متى علم مقدار سعة المكيال ووزن الحجر. (ر: رد المحتار ٤/٢٢ و ٢٧).

وفصّلت أحكامها بفصول خاصة بمناسبة البيوع في المواد /٣٠٠ ـ ٣٦٠/ ، وبمناسبة الإجارة في المواد /٤٩٧ ـ ٥٢١/ ، وبمناسبات أخرى متفرّقة كالقسمة وغيرها.

والفقه القانوني الحديث يتجه إلى توسيع نطاق فسخ العقود اللازمة في الحالات الطارئة، ولا سيما حالة إخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزاماته في مواعيدها، مما سَلَف بيانه. وهذا يتفق مع روح الفقه الإِسلامي.

الفصل الحادي والأربعون

سلطان الإرادة العقدية: نظرة عامة

٤١/ ١ ـ تمهيد:

تجلى لنا من المباحث السابقة أنَّ للعقود آثاراً عامة كما أنَّ لكل منها موضوعاً وأثراً خاصين يتميَّز بهما عن سواه.

ورأينا أيضاً أنَّ من العقود **عقوداً مسماة** تولى التشريع تنظيم أحكامها وآثارها بين العاقدين بحيث تكون تلك الآثار نتائج أصلية ينتجها العقد دون أن يحتاج العاقدان إلى اشتراطها وتعدادها.

إنَّ مبدأ سلطان الإرادة العقدية موضوعه حرية **إرادة العاقد في أصل العقد ونتائجه، وحدود تلك الحرية**، أي مدى اعتبارها في نظر الشرع.

٤١/ ٢ ـ النواحي الأربع لحرية التعاقد:

فهذا المبدأ يتعلَّق بأربع حريات في النواحي العقدية الأربع التالية:

١ ـ حرية العاقد في **أصل التعاقد** مع غيره.

٢ ـ وحريته في إنشاء العقود والالتزامات **بمجرد التراضي**، دون تقييده بقيود شكلية ومراسم مخصوصة بحيث لا يعتبر تعاقده إذا لم تتحقق صورها.

٣ ـ وحريته في إنشاء ما يشاء من **أنواع العقود** في حدود حقوقه الشخصية مهما كان موضوعها دون تقيد بأنواع العقود المسماة التي أقرها التشريع، ونظم لكل منها أحكاماً خاصة.

٤ ـ وحريته في تحديد آثار العقد المسمى وتعديل نتائجه الأصلية بين الطرفين المتعاقدين باشتراط ما يشاءان من شروط بحسب إرادتهما.

هذه هي النواحي الأساسية التي يتعلّق بها مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

٣/٤١ ـ وقد مرت الإرادة العقدية بأدوار في تاريخ التشريع لم يكن لها فيها سلطان، بل كانت مغلولة شلاء، لا ينظر فيها إلى التراضي الحر الذي جعلته الشريعة الإسلامية دستور التعاقد، وأقرّت فيه لإرادة العاقدين سلطاناً محترماً في كل ما لا يخل بمصلحة عامة. وإنْ كانت الاجتهادات الفقهية مختلفة في حدوده كما سنرى.

أ ـ فأما في الناحية الأولى فقد جاء التشريع الإسلامي بالقضاء على جميع عناصر الإكراه العقدي، وأطلق حرية الإرادة في تكوين العقد. وقد جعل القرآن والسنة رضا الإنسان أساساً دستورياً في كل عقد سيلزمه، حتى في زواج النساء اللاتي كان الناس يرون ويتعارفون أنَّ الإرادة في تزويجهن ليست لهن، بل من حقوق أرباب الأسرة، فقرَّرَ الإسلام أنَّ الفتاة البالغة ولو كانت بكراً هي صاحبة الاختيار والإرادة في زواجها وزوجها.

ولم يقر الشرع الإسلامي عقداً يلزِمُ شخصاً بتكليف لم يرض به رضاً بيِّناً، إلا فيما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة مما تمارسه السلطة الحاكمة باسم العدالة لإحقاق الحق، كبيع أموال المدين المماطل في وفاء الدَّين، وبيع الأموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر احتكارها بالجماعة، وكالاستملاك للمصالح العامة.

فأمثال هذه العقود الجبرية هي من المؤيِّدات الضرورية للتشريع العادل، والغاية من قيام حكومة في دولة؛ وقد أقرتها الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بمبدأ الإرادة العقدية المطلق.

ب ـ وأما الناحية الثانية، وهي المراسم الشكلية، فلم تكن قبل

الإسلام أمة ذات تاريخ تشريعي ثابت تعرف أن مجرد التراضي يولِّد عقداً ملزماً والتزامات دون أن تمر بصور وأنواع مختلفة من المراسيم الشكلية، سواء في ذلك التشريع الروماني وغيره، حتى جاء الإسلام فألقى جميع تلك الأغلال والقيود عن أعناق العقود، وجعل **مجرد التراضي** مولِّداً للعقد بأي طريق كان ظهوره بين العاقدين، ولم يستثن إلا عقداً واحداً أخضعه لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه، وهو عقد النكاح كما تقدم (ر: ف ٦/٢٧ الحاشية).

وجميع الشرائع الوضعية الحديثة التي أقرّت أخيراً مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الشرق والغرب قد مرَّت أصولها بمراحل طويلة من القيود الشكلية المختلفة في إنشاء العقود، إلا الشريعة الإسلامية فإنها أنشأت قواعد العقد إنشاءً جديداً محرَّراً من جميع القيود الشكلية التي كانت تفرضها الأعراف والعادات في جاهلية العرب، وشرائع الأمم المحيطة بها؛ وقد كان هذا من الظواهر الغريبة غير المعهودة في تاريخ التشريع.

وهذه المزيَّةُ التي تفرَّد بها الشرع الإسلامي مَدينةٌ لعامل واحد هام هو المصدر الديني فيه[١].

ج ـ وأما الناحية الثالثة وهي حرية العاقِدَين في إنشاء عقود تخرج عن نطاق العقود المسماة التي قررها التشريع، في موضوعها والتزاماتها، فسنرى في أول بحث تصنيف العقود أنَّ الفقه الإسلامي أقرَّ نشوء عقود جديدة، ثم ما لبث الفقهاء أن أسموها فانتظمت في سلك العقود المسماة، وقررت لها أحكام خاصة.

---

(١) هذا ما يراه الأستاذ العلامة السنهوري في تعليل هذه المزيَّة الغريبة في الشريعة الإسلامية، وهو الواقع. (ر: **«نظرية العقد»** للأستاذ السنهوري، ف/ ٩٢ ص/ ٩٤ الحاشية/ ١).

وقال الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أيضاً في بحث التعاقد بالمراسلة:

«العقد في الفقه الإسلامي يُبنى على توافق الإرادَتين دون تحفظ، فهو رضائي إلى حد جاوز فيه القوانين التي تأخذ برضائية العقد». (ر: «نظرية العقد»، ف/ ٣٠٣).

وليس في الشرع الإسلامي ما يدل على أي حصر لأنواع العقود وتقييد الناس بها. فكل موضوع لم يمنعه الشرع بالنص الصريح ولا تقتضي القواعد والأصول الشرعية منعه يجوز أن يتعاقد عليه الناس ويلزمون فيه بعقودهم؛ وحينئذ يخضع التعاقد فيه للقواعد والشرائط العامة في العقود، من أهلية العاقد، وقابلية المحل إلخ...

د ـ وأما الناحية الرابعة وهي مدى سلطان إرادة العاقِدَيْن على تحديد آثار العقد المسمى وتعديل أحكامه الأصلية في حقوقهما الخاصة بينهما بشروط يتفقان عليها في التعاقد، أي إنشاء ما يشاءان من التزامات وقيود في العقد بإرادتهما، فهي أهم نواحي سلطان الإرادة في نظر الحقوق الحديثة.

وموقف الفقه الإسلامي في هذه الناحية يختلف سعة وضيقاً باختلاف المذاهب الاجتهادية فيه، لكن أوسع مذاهبه يتفق مع ما استقرَّت عليه النظريات القانونية في التشريع الحقوقي الحديث.

وسنعرض في الفصول التالية، مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي ثم نعرض في الفصل /٤٤/ خلاصة عن الموضوع في الفقه الأجنبي.

سلطان الإرادة العقدية في نصوص الشريعة:

٤١/ ٤ ـ إنَّ نصوص الكتاب والسنة التي هي أصل الاجتهادات الفقهية في الشريعة الإسلامية قد بلغت في شأن سلطان الإرادة العقدية غاية العموم والمرونة.

ويمكن تصنيف هذه النصوص، بحسب موضوعها، في النواحي الأربع المتقدمة من سلطان الإرادة:

٤١/ ٥ ـ (أ) و (ب) في حرية التعاقد وفي رضائيته المطلَقة:

قد جاء في ذلك قول الله عز وجل: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ (سورة النساء ٤/ ٢٩).

وقوله سبحانه في صداق النساء وعدم هضم شيء من حقوقهن المالية: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ (سورة النساء ٤/ ٤).

فهذه النصوص وأمثالها تفيد أنَّ الأصل في استحقاق مال الغير أو استحلال شيء من حقوقه إنما هو رضا صاحبه: إما على سبيل التجارة والتبادل، أو على سبيل المنحة والتنازل، عن طيب نفس واختيار[1].

أي إن العامل في ذلك هو إرادة صاحب المال الذي له شرعاً كمال الحرية في عقد المعاوضة أو المنحة.

٦/٤١ ـ (ج) في إنشاء أنواع العقود، وفي القوة الإلزامية للعقد والتعهد:

وقد جاء في هذه الناحية أيضاً قوله تعالى في القرآن: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ (سورة المائدة ٥/ ١) وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ (سورة الإسراء ١٧/ ٣٤).

ومن الواضح أنَّ العقد يتضمَّن تعهداً ضمنياً باحترام نتائجه والالتزام بها. فهذه النصوص تشمل جميع أنواع العقود وما يستجد منها دون تقييد بالمعروف منها قبلاً ما دامت لا تصادم نصوص الشريعة ومقاصدها وقواعدها العامة.

وهذه النصوص وأمثالها تفيد أن عقد الإنسان وتعهده الذي باشره

---

(١) يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه «قاعدة العقود» تعليقاً على هاتين الآيتين:

«ففي التبرعات علَّق الحكم بطيب النفس، وفي المعاوضات علق الحكم بالتراضي ـ وهو الرضا من الجانبين ـ لأن كلاً من المتعاوضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به، بخلاف المتبرع فإنه لم يبذل له شيء يرضى به، ولكن قد تسمح نفسه بالبذل، وهو طيب النفس».

(ر: كتاب «قاعدة العقود» لابن تيمية، فصل «الرضا في العقود، ومن يجوز له الفسخ إذا لم يرض»).

بإرادته الحرة **ملزمٌ له بنتائجه**، ومقيِّد لإرادته بإرادته، كي تتولَّد الثقة والاطمئنان إلى نتائج التعامل الاقتصادية، ويعلم الإنسان كيف يبني تصرفه، لأنَّ ذلك متوقِّف على الاستقرار في تلك النتائج بين المتعاملين، كما تقدم[1] (ر: ف ٢/٤٠).

وهذا الإلزام معناه تمام الاحترام لحرية العاقد، وللحقوق الناشئة بعقده لغيره، فإنَّ مقيد نفسه حر.

وإطلاق هذه النصوص يشمل العقود المسماة وغير المسماة[2]، فيفيد عدم التقييد بأنواع محدودة من العقود.

٧/٤١ ـ (د) في حرية الشروط العقدية، ومدى اعتبارها:

ورد في الشريعة أيضاً نصوص كثيرة من القرآن والسنة القولية والعملية تثبت للعقود المسماة التي أقرَّها الشرع آثاراً وأحكاماً والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه.

فعقد النكاح يترتَّب عليه حل الاستمتاع بين الجنسين، ووجوب متابعة المرأة للرجل، ووجوب النفقة للمرأة على الرجل، وثبوت النسب، وحقوق الحضانة، وحرمة المصاهرة، والإرث بين الزوجين ثم بينهما وبين الأولاد إلخ...

وكذا عقد البيع والإجارة والرهن والكفالة وغيرها، كل منها قد ثبتت

---

(١) يلحظ في هذا المقام أنه تستوي في ذلك جميع العقود، ما يسمى منها في اصطلاح الفقهاء «عقوداً لازمة، أو غير لازمة»، لأنَّ معنى عدم اللزوم في اصطلاح الفقهاء هو إمكان رجوع العاقد عن الاستمرار على حكم العقد بحسب موضوع العقد وطبيعته، لكنه **قبل الرجوع** ملتزم بالنتائج: فتصرُّف الوكيل قبل علمه بفسخ الوكالة ملزِم للموكل ونافذٌ عليه، وانتفاع المستعير بالعارية قبل رجوع المعير جارٍ على حكم المجانية ليس للمعير أن يطلب عنه عوضاً، وصدور الحكم من المحكَّم قبل رجوع أحد الخصمين عن التحكيم ملزم للطرفين، وهلم جراً... أي إنَّ العقد الذي يعتبر غير لازم في أصله ليس للرجوع فيه أثر رجعي كما تقدم (ر: ف ٧/٤٠).

(٢) سنرى في بحث تصنيف العقود آخر نظرية العقد أنَّ العقد المسمى هو الذي أقرَّ الشرع له اسماً خاصاً، ورتَّب له أحكاماً، كالبيع والإجارة والرهن.

في الشرع له أحكام: منها ما بيَّنه الكتاب والسنة القولية أو العملية مباشرة، ومنها ما أضافه الاجتهاد استنباطاً.

مدى سلطة العاقد على تعديل آثار العقود:

أما سلطة العاقدين على تعديل هذه الآثار التي قررتها النصوص للعقود: إما بالنقص منها، وإما بإضافة التزامات على أحد الطرفين المتعاقدين لا يستلزمها أصل العقد، وذلك بشروط يشترطانها في التعاقد، ومدى هذه السلطة، فقد ورد حولها نصوص عامة وخاصة مختلفة:

١ ـ ففي القرآن وردت آيات عامة، منها الآيتان اللتان أوردناهما في الفقرتين السابقتين.

٢ ـ وفي السنة النبوية جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: **«المسلمون على شروطهم»**[(١)].

وقال أيضاً: **«كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»**[(١)] أي كل شرط ينافي مقاصد شريعة الله.

---

* (١) انظر في تخريج هذين الحديثين ما تقدم (ف ١٠/٢ الحاشية).
والكتاب هنا مصدر (كتب) بمعنى أوجب وشرع: أي كل شرط ليس في حكم الله وشرعه فهو باطل؛ وذلك بأن يكون الشرط منافياً لقواعد الشريعة أو مقاصدها؛ هكذا فسَّره العلماء المحققون.
(ر: المغني لموفق الدين بن قدامة الحنبلي ٨/٤٤٨، وكشاف القناع ٣/٥٣).
وليس معنى كتاب الله هنا القرآن، لأنَّ القرآن إنما بيَّن أصول الشريعة، ولم يتضمن تفصيل الشروط العقدية المقبولة والممنوعة كما تقدَّم بيانه هناك.
واستعمال الكتاب بالمعنى الذي بيَّناه كثير في لسان الشرع، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتْ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ كِتَـٰبًا مَّوْقُوتًا﴾ [سورة النساء ٤/١٠٣] أي فريضة محددة الأوقات. وكذا قوله تعالى عن عدم جواز نكاح المرأة المعتدة: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَـٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [سورة البقرة ٢/٢٣٥] أي حتى تنتهي العدة التي فرضها وكتبها الشرع على المرأة بانحلال النكاح السابق.
وأصل هذا الحديث أنَّ «بَريرة» كانت أَمَة رقيقة، فأرادت عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن تشتريها وتعتقها. ومن المقرر شرعاً بقول الرسول عليه الصلاة والسلام أن **المولى إذا أعتق عبده يكون للمولى المعتِق حق الولاء** ـ أي حق الإرث من عبده العتيق في مرتبة معينة من مراتب الميراث، ترغيباً في إعتاق الأرقاء ـ فأراد أصحاب =

٣ ـ وروي أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام: **«نهى عن بيع وشرط»** هكذا روي مجملاً بطريق الحكاية، وليس هذا النص متفقاً على ثبوته وصحة إسناده إلى النبي كما سنرى (ر: ف ٤٢/ ٤).

ومع هذا ثبت أيضاً في السنة العملية أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام اشترى في السفر من جابر بن عبدالله بعيراً، **وشرط لجابر ظهره إلى المدينة** أي أنه اشترط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل عليه إلى المدينة. (ر: بداية المجتهد ٢/ ١٣٢ وفتح القدير شرح الهداية باب البيع الفاسد ٦/ ٧٦).

٤ ـ وكذلك قرَّر النبي عليه الصلاة والسلام صفة الأمانة حكماً أصلياً في العارية بقوله: «ليس على المستعير غير المُغلِّ ضمان»[1].

ومع هذا ثبت في السنة العملية أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعاً وسلاحاً من صفوان بن أمية لحاجة المسلمين إليها في غزوة حنين، واشترط له ضمانها بقوله: **«عارية مضمونة مؤداة»**[2].

= بريرة أن يشترطوا على عائشة في البيع أن يكون ولاء بريرة لهم إذا هي أعتقتها بعد الشراء، فأخبرت عائشة النبي عليه الصلاة والسلام بذلك، فقال: **«ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مئة شرط، شرطُ الله أحق وأوثق»** رواه البخاري في البيوع والمكاتَب. (ر: ف ٢٠/ ٢ حاشية).

ووجه منافاة هذا الشرط لمقاصد الشريعة فيما يظهر أنَّ الشرع الإسلامي يهدف إلى ترغيب الناس في إعتاق الرقاب الرقيقة، وقد فَتَح لذلك أبواباً منها إلزامية ومنها اختيارية. ولذا جعل حق الإرث بالولاء لمن أعتق ثم لعصبة ورثته من بعده ترغيباً في الإعتاق. فإذا اشترط على مشتري العبد أنه إن أعتقه فولاؤه للبائع كان هذا الشرط مما يحمل المشتري على الاحتفاظ بملكية العبد المبيع وعدم إعتاقه، فيختل غرض الشارع وسياسته الشرعية في موضوع وحكم لهما اتصال بمقاصد الشريعة.

(١) **المُغِل** (بضم الميم وتشديدَ اللام)َ اسم فاعل من **«الإغلال»** وهو الخيانة في الأموال (ر: النهاية، والمصباح). والحديث رواه الدارقطني، وقال الحافظ في «التلخيص» ٣/ ٩٧: وفي إسناده ضعيفان. ورواه الدارقطني من طريق أخرى ضعيفة بلفظ: «لا ضمان على مؤتمن».

(٢) وهذا ما أفسح مجالاً لبعض الاجتهادات أن تذهب إلى أنَّ صفة الأمانة في العارية هي =

٨/٤١ ـ فهذه النصوص وأمثالها مما ورد في السنة عن مدى اعتبار الشروط العقدية تفيد:

أولاً: أنَّ هناك شروطاً تعتبر ميداناً لإرادة العاقدَين أطلق فيه الشرع لإرادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم في أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئياً: ويعتبر العقد المسمى قائماً بين الطرفين على أساسها ما لم يشترط خلافها.

ثانياً: أنَّ هناك شروطاً ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدَين فيها، لأنها تمسُّ أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام.

= الأصل، ولكنها تصبح مضمونة إذا اشترط على المستعير ضمانها، جمعاً بين الدليلين؛ وهو أحسن الاجتهادات وأوجهها في صفة العارية، وإن كان غير المشهور، وهو أحد رأيين في الاجتهاد الحنفي.

والمذاهب المشهورة فيها أنها أمانة مطلقاً عملاً بالحديث الأول، وعليه الاجتهاد المالكي، والرأي الراجح في الاجتهاد الحنفي.

(ر: كتاب العارية في «المغني» لموفق الدين بن قدامة الحنبلي ٥/٣٥٤ ـ ٣٥٦/ و «بداية المجتهد» ٢/٢٦٣ و «الكفاية» شرح الهداية في الفقه الحنفي ٧/٤٦٨ ـ ٤٦٩).

والحديث الثاني رواه أبو داود من حديث صفوان بن أمية، أن رسول الله ﷺ استعارَ منه يوم خيبر أدراعاً فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: «لا بل عارية مضمونة» وأخرجه أحمد والنسائي والحاكم من حديث ابن عباس ولفظه: «بل عارية مؤداة». وزاد أحمد والنسائي: فضاع بعضها، فعرض عليه ﷺ أن يضمنها له فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب. (التلخيص الحبير ٣/٥٢ ـ ٥٣).

الفصل الثاني والأربعون

الاجتهادات الإسلامية في سلطان الإرادة العقدية

١/٤٢ ـ أمام مجموعة النصوص الواردة في النواحي الأربع لحرية التعاقد المبينة في مطلع الفصل السابق، يجد الباحث عن موقف الاجتهادات الإسلامية أنها متفقة في بعض هذه النواحي ومختلفة في بعض:

أ ـ ففي الناحيتين الأولى والثانية اتفقت الاجتهادات على مبدأ حرية التعاقد ورضائيته، وعلى القوة الإلزامية للعقد المشروع.

ب ـ وفي الناحية الثالثة، وهي ترتيب آثار العقود، تكاد تكون جمهرة الاجتهادات متَّفقة على مبدأ عام، وهو أن ترتيب آثار العقود وأحكامها إنما هو في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين، فالشارع هو الذي ينظِّم هذه العقود ونتائجها في حقوق الناس، ويجعل كل عقد طريقاً إلى نتائج معيَّنة يرتبها عليه.

وللاجتهاد في هذا السبيل عمل متمِّم في التفريع على ما أثبتته نصوص الشريعة من أحكام العقود، بالطرق التي فتحها الشرع نفسه أمام الاجتهاد في غير المنصوص عليه، أي بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو سدِّ الذرائع، على اختلاف الاجتهادات في بعض هذه الطرق كما تقدم إيضاحه في بحث الاستصلاح أول الكتاب.

ومبنى النظر الفقهي في كون ترتيب آثار العقود من عمل الشارع هو أنَّ العقد سبب شرعي، فهو طريق يرسمه الشرع ليصل بسالكيه إلى نتائج حقوقية يقرُّها بينهم. فإلى الشارع يعود تحديد هذه النتائج؛ وإنما تستمد

إرادة العاقدين سلطانها منه بالمقدار والحدود التي يحدِّدها لها. فإنَّ للشرع نظاماً يحميه، فهو الكفيل بإقامة الحدود بين الحقوق الخاصة وإرادات أصحابها من جهة، وبين المصالح العامة وإرادة الشارع من جهة أخرى، كما أنَّ الشارع أيضاً هو الكفيل بتنظيم تلك الحقوق الخاصة بين الناس بناء على مباشرتهم لأسبابها، حفظاً للتوازن، ومنعاً للتغابن، وضبطاً لنظام التعامل[1].

ج ـ أما الناحية الرابعة، وهي مدى حرية الشروط العقدية، أو مدى سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد بين عاقديه، فإنَّ الاجتهادات الإسلامية المشهورة على اختلاف أساسي واسع الشُّقَّة فيها[2].

---

(١) هذا خلاصة ما يستفاد من عبارات الفقهاء الأصوليين في مبنى آثار العقود ومردها إلى إرادة الشارع.
وانظر في هذا المعنى «**كشف الأسرار**» شرح أصول فخر الإسلام البزدوي ٢/٣٥٨ و ٤/١٧١، و «**المستصفى**» للغزالي ١/٩٣، و «**الموافقات**» للشاطبي ١/١٣١ و ١٥١، **وفتاوى ابن تيمية** ٣/٢٣٦.
وقد استوفى نقل كثير من عباراتهم الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «**الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**» (ف/ ١٣٥ ـ ١٣٦).

(٢) إنَّ مبدأ **سلطان الإرادة في آثار العقد** بحسب الاصطلاح القانوني الحديث هو نظرية **الشروط العقدية** في اصطلاح فقهائنا قديماً، فإنَّ طريق إرادة العاقدين إلى تعديل الآثار الأصلية للعقد المسمى بينهما إنما هي الشروط التي يشترطانها في العقد، إذ يضيف العاقدان بهذه الشروط إلى نتائج العقد بينهما حقوقاً والتزامات لم يكن ليقتضيها أصل العقد لو خلا عما اشترطاه فيه.
هذا، ويقول الأستاذ البحاثة الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله:
«إنَّ آثار العقد في النظر القانوني تنشئها إرادة العاقدَيْن الحرة بناء على القاعدة القانونية القائلة: «إنَّ العقد شريعة المتعاقدين». فكل ما يرتضيه العاقد من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء.
أما في الشريعة الإسلامية فالإرادة إنما تنشىء العقد فقط، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد».
(ر: «الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية»، ف/١٣٥).
والذي أراه: أنه لا يصح القول في تشريع ما بأنَّ أحكام العقود وآثارها إنما توجبها ـ

ويمكن تصنيف الاجتهادات ـ ذات الشأن في هذا الموضوع ـ إلى زمرتين:

١ ـ الاجتهادات التي تعتبر أنَّ الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو **التقييد**؛ وهي الاجتهادات التي تمسكت بنظرية **مقتضى العقد**.

٢ ـ والاجتهادات التي تعتبر أنَّ الأصل الشرعي في تلك الشروط هو **الإطلاق**.

(أولاً)
الاجتهادات التي تمسكت بنظرية مقتضى العقد[1]

٢/٤٢ ـ هذه الاجتهادات ترى أن لكل عقد في الشرع أحكاماً أساسية تسمى: **«مقتضى العقد»**، نصَّ عليها الشرع مباشرة، أو استنبطها الاجتهاد وأثبتها حفظاً للتوازن بين العاقدين في الحقوق. فليس للعاقدَين أن يشترطا من الشروط ما يخالف هذا المقتضى. فإن اشترطا شرطاً مخالفاً له

= إرادة العاقد لا إرادة الشارع، بل هي في ظل كل تشريع يجب أن تعتبر من عمل الشارع لا من عمل العاقد، لأنَّ ترتب حكم العقد وأثره على العقد وإلزام العاقد به كشريعة له إنما هو اعتبار تشريعي صرف. وكل إلزام للعاقد بنتيجة عقده لا يكون لولا إيجاب الشارع وإرادته الملزمة. وهذا نظر فقهائنا كما سلف بيانه، ولا يصح اعتبار خلافه في الشرائع القانونية الوضعية. فالعقد يعتبر شريعة خاصة بين العاقدين في الفقه الإسلامي أيضاً ما دام فيه أنَّ العقد قوة ملزمة شرعاً لعاقديه.

وليس الفارق بين التشريعين في هذا الموضوع إلا مدى ما فوَّضه الشارع إلى العاقدين من سلطان على تعديل الأحكام التي قرَّرها التشريع مبدئياً في كل عقد. وهذا يعني مدى حرية الشروط العقدية المعدلة لتلك الأحكام، وليس معناه أنَّ العاقدين هما اللذان يشرعان آثار العقد ويوجبانها بينهما. فقد يخلو العقد من كل شرط، وعندئذ لا شك في أنَّ الأحكام التي تثبت إنما هي ما قرره التشريع من آثار لهذا العقد؛ فهل يعقل أن يقال: إنَّ العقد تارة يوجب العاقدان آثاره بينهما، وتارة يوجبها التشريع؟!

وسنرى أنَّ الاجتهادات المختلفة في الفقه الإسلامي بعضها يضيِّق حرية الشروط العقدية، وبعضها يوسعها توسيعاً على غرار ما استقرت عليه المبادىء القانونية الحديثة في ذلك.

(١) انظر في معنى مقتضى العقد ما تقدم (ف ٦/٣٩).

يفسد العقد، كما لو اشترط الأجير العام من صباغ أو خياط مثلاً أن لا يضمن ما يتلف بصنعه (ر: ف ٤/٦).

وهذا مبنى الاجتهاد الحنفي في الشروط العقدية. ويقاربه في ذلك نظر جمهور فقهاء المالكية، ثم الاجتهاد الشافعي.

فهذه الاجتهادات قد أخذت مبدئياً بنظرية مقتضى العقد، وتمسك أصحابها بفكرته إجمالاً، ثم اختلفوا في التفصيل وتشعبت أنظارهم. والاجتهاد الشافعي أكثرها تشدُّداً وتضييقاً لحرية الشروط.

فمقتضيات العقود كلها في نظرهم إنما تثبت بدليل شرعي. وليس للعاقد أن يخالفها أو يضيف إليها شيئاً أو يقيِّدها بقيد إلا إذا قام دليل شرعي يجيز التزامه ويوجب الوفاء به: كاشتراط تأجيل الثمن في البيع، وتأجيل المهر في النكاح.

وقد انفرد الإمام مالك برأي في الشروط التي تفسد العقود، وهو أنَّ الشرط الذي ينافي مقتضى العقد ويفسده إذا تنازل عنه شارطه فلم يتمسَّك به صحَّ العقد ولغا الشرط؛ وهو يبني ذلك على نظرية المانع (ر: ف ٢٨/٧) فيعتبر الشرط المنافي مانعاً من صحة العقد، فإذا زال المانع عاد الممنوع. (ر: بداية المجتهد ٢/ ١٣٥ و «نظرية العقد» للأستاذ أبي زهرة، ف/ ١٤٩).

٤٢/ ٣ ـ موقف الاجتهاد الحنفي في هذا المقام:

والاجتهاد الحنفي يعتبر كل شرط متضمن لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد مخالفاً ومفسداً لعقد **المعاوضة المالية**؛ كما لو اشترط في البيع حمل المبيع على حساب البائع، أو إقراض أحد المتبايعين للآخر قرضاً، ونحو ذلك.

أما إذا كان ذلك الشرط في عقود غير المعاوضات المالية كالزواج فيلغو الشرط بنفسه ولا يؤثِّر في العقد.

ولكن الاجتهاد الحنفي يستثني من المنع ثلاثة أنواع من الشروط فيعتبرها صحيحة لازمة:

١ ـ الشرط الذي ورد الشرع بجوازه، كاشتراط تأجيل ثمن المبيع، واشتراط الخيار لأحد المتبايعين، وهو المسمى: **«خيار الشرط»**، وما يقاس على ذلك كخيار النقد، وخيار التعيين[(١)].

٢ ـ الشرط الذي يلائم العقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجّل، لأنه توثيق له (ر: ف ٣٧/ ٥).

٣ ـ الشرط الذي يجري به العرف المعتبر شرعاً، فإنَّ العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة للعقد.

فلو تعارف الناس في بعض الأمكنة مثلاً بيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع، أو بشرط قيام البائع بتصليح الآلة المبيعة إذا اختلت، صحَّ ذلك.

والاجتهاد الحنفي يبني موقفه من حرية الشروط العقدية على شيء من المبالغة والتوسُّع في التمسك بمبدأ التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد؛ فيرى أنَّ اشتراط منفعة لجانب أحد العاقدين يخلُّ بالتوازن الواجب ويؤدي إلى النزاع، لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعاً. فإذا جرى العرف على اشتراطها يصبح العاقد على بصيرة من أمرها، فيحسب لها حساب في العوض المقابل فيعود التوازن مضموناً، ويكون التعارف نافياً للنزاع. (ر: رد المحتار ٤/ ١٢٣).

---

(١) تقدم معنى خيار النقد وخيار الشرط، فلينظر (ف ٣/ ٧ تاسعاً).
أما خيار التعيين فهو أن يقع البيع وما في حكمه من عقود المعاوضات، كالصلح والإجارة، على واحد غير معيّن من عدة أشياء، بشرط أن يكون لأحد العاقدين حق تعيين ما يختار منها (ر: المجلة/ ٣١٦).

ولا يخفى أن هذا التعليل ضعيف المبنى، لأنَّ الواقع أنَّ الإنسان العاقل لا يشرط في عقده منفعة أو التزاماً إلا وقد وازنه وحسب حسابه في المعاوضة، سواءً أكان متعارفاً أو غير متعارف.

وعلى كل حال قد كان استثناء الشرط المتعارف من المنع موسعاً من تضييق حرية الشروط في الاجتهاد الحنفي، لأنَّ العرف على الشروط قد عم (ر: مقدمة المجلة).

بل لو قيل، استناداً إلى نظرية العرف هذه في الاجتهاد الحنفي، بأنَّ تعارف الناس على اشتراط الشروط في العقود **بوجه عام** هو صحيح معتبَر كتعارفهم على صور مخصوصة على الشروط في بعض العقود لكان ذلك تفقهاً حسناً. وعندئذ نستطيع القول بأنَّ الشرط الفاسد قد زال من معاملات الناس بفعل الزمن، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه، إلا إذا كان الشرط مصادماً لنص تشريعي خاص يمنعه، أو منافياً لقواعد الشريعة ومقاصدها العامة؛ فإنَّ الناس اليوم قد اعتادوا ربط معاملاتهم كافة بشروط يتفق عليها في كل عقد، ولا سيما بعد أن أوجبت الأحكام القانونية احترامها.

وتكاد تكون هذه الاجتهادات سوى المذهب الحنبلي متفقة على أن عقد النكاح هو أبعد ما يكون عن سلطان إرادة العاقدين على آثاره وأحكامه، لأنَّ أحكامه التي يقرِّرها الشرع ليست من حقوق العاقدين فقط، بل هي من حقوق الأسرة ونظام المجتمع.

وهذا أيضاً ما يقرُّه التشريع الوضعي ونظرياته في القوانين الحديثة كما سنرى.

(ثانياً)

الاجتهادات التي ترى أنَّ الأصل في حرية الشروط العقدية هو الإطلاق

٤/٤٢ ـ هذه الاجتهادات ترى أنَّ الأصل الشرعي، بمقتضى دلائل

نصوص الشريعة والسنة العملية، هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطانه، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط معيَّن؛ فعندئذ يمتنع بخصوصه، على خلاف القاعدة، ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً، كالتعاقد على الربا أو الشروط التي تحل حراماً أو تحرم حلالاً.

وهذا هو مبنى الاجتهاد الحنبلي، بحسب نصوص فقهائه المختلفة، وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الإسلامية وأرحبها صدراً بمبدأ سلطان الإرادة، ويتفق جوهر نظريته فيه مع النظريات القانونية الحديثة في الفقه الأجنبي كما سنرى.

ومثله مذهب شريح القاضي (ر: ف ١٨/٤٢)، ومذهب عبدالله بن شُبْرُمة الكوفي[١]. وعلى هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي.

فكون هذه الحرية هي المبدأ الأصلي العام في العقود والشروط بنظر هذه الاجتهادات هو المستفاد من قول القرآن العظيم: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ بمقتضى عموم لفظه وإطلاقه؛ ومن قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «**المسلمون على شروطهم**».

والقيد الاستثنائي المانع هو المستفاد من قول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث بريرة المتقدم: «**كل شرط ليس في كتاب الله فهو**

---

* (١) **عبد الله بن شُبْرُمة بن الطفيل** من كبار فقهاء الكوفة المجتهدين. عاصر أبا حنيفة، وحدث عن أنس بن مالك، وعامر بن الطفيل، وتوفي سنة /١٤٤/ هـ وتنظر ترجمته في «أخبار القضاة» لوكيع ٣:٣٦ ـ ٦٠، و «سير أعلام النبلاء» للذهبي ٦:٣٤٧.

ومذهبه في مدى سلطان الإرادة والشروط العقدية لم نره مفصلاً كما نقل مذهب ابن حنبل؛ ولكن ما تنقله كتب المذاهب الأخرى، وما جاء في مقدمة المجلة عن مبدئه العام في ذلك، يفيد أنه كالاجتهاد الحنبلي في موقفه من سلطان الإرادة وحرية الشروط العقدية (ر: فتح القدير ٦/٧٦، ومقدمة المجلة).

ومن المفيد جداً البحث عما يمكن العثور عليه من آرائه الفقهية في كتب اختلاف الفقهاء. وقد قدمنا اختلافه في الفتوى القياسية مع أبي حنيفة في **مسألة ضياع بعض الدنانير المشتركة** (ر: ف ٤/١٩).

باطل». بالمعنى الذي سلف بيانه في تفسير هذا الحديث (ر: ف ٧/٤١ الحاشية)؛ وكذا من قول عمر بن الخطاب في وصيته القضائية إلى أبي موسى الأشعري: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً» (ر: ف ٦/٣ الحاشية) وكلام عمر هذا هو التفسير الصحيح للشرط الممنوع الذي وصفه الرسول ﷺ بأنه: «**ليس في كتاب الله**».

ويطعن هؤلاء في ثبوت ما يروى من أن النبي ﷺ: «**نهى عن بيع وشرط**»[1] بأنه ضعيف السند في نظر علماء الحديث؛ وعلى فرض ثبوته يحمل على الشرط المنافي لكتاب الله وشريعته كما في حديث بريرة فإنه هو الثابت.

٥/٤٢ ـ ففي هذه الاجتهادات لا يعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين، بل يرون أنَّ الشارع في الشريعة الإسلامية قد فوَّض إلى إرادة العاقدَين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصّاً من نصوص الشريعة. ولا ينقض أصلاً من أصولها الثابتة.

ويقول ابن تيمية رحمه الله في تعليل ذلك:

«إنَّ العقود إنما وَجَبَ الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً إلا ما خصَّه الدليل. على أن الوفاء بها من الواجبات التي اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم، وأدخلها في الواجبات العقلية من يقول بالوجوب العقلي[2]. **والأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد**».

---

(١) حديث: «نهى عن بيع وشرط..» أخرجه الطبراني في الأوسط، ونقل الزيلعي عن ابن القطان أنه ضعفه (نصب الراية ٤/ ١٨) وانظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٧٥، وفتح القدير ٦/ ٧٦.

(٢) الذين يقولون بالوجوب العقلي هم فريق المعتزلة. ورأيهم في ذلك أن الأمور التي تتصف بالحسن الذاتي، كالإيمان بالله تعالى وكالصدق والعدل، يعتبر الناس مكلفين بها بحكم العقل، ومحاسبين عليها عند الله تعالى دون توقف على ورود الشرائع الإلهية بها وتبليغها بواسطة الرسل. وهو خلاف ما عليه جمهور فقهاء المسلمين الذين يتمسكون بظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء ١٧/ ١٥].
والمسألة معروفة في علم الكلام وعلم أصول الفقه بمسألة «**الحسن والقبح العقليين**».

ثم أورد رحمه الله نصوص الشريعة الدالة على هذا المبدأ مما أوردناه في أول البحث. (ر: فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٣٩).

٤٢/ ٦ ـ موقف الاجتهاد الحنبلي من نظرية مقتضى العقد:

هذا، وإنَّ الفقه الحنبلي لم يهمل نظرية **مقتضى العقد** التي تمسَّك بها من ضيَّق على نفسه من رجال المذاهب الأخرى. فكثيراً ما يمنع فقهاء الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ويعللون بمخالفة ذلك الشرط لمقتضى العقد.

ولكنهم أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده. فهم لا يعتبرون كغيرهم أنَّ كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه؛ بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة، أي غير محرَّمة شرعاً. فلا يعتبر الشرط منافياً لمقتضى العقد في نظر المحققين من الحنابلة إلا في النواحي الأساسية التي إذا شرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد: فعندئذ قد يبطل العقد بالشرط، وقد يبطل الشرط ويصح العقد، وذلك على حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد.

وعلى هذا الأساس قالوا:

ـ لو شرط في عقد النكاح أن لا تحل به المتعة الزوجية، يبطل العقد بهذا الشرط، إذ لا يبقى معه للزواج معنى، بل يكون كالعقد الصوري.

ـ أما لو شرط فيه عدم ممارسة الاستمتاع الزوجي فإنَّ النكاح يصح ويلغو الشرط لأنه ينافي مقتضى العقد، إذ لا يعقل أن يكون الاستمتاع حلالاً بالعقد وممنوعاً بالشرط.

وإنما لم يبطل العقد هنا لأنَّ غايته الشرعية، وهي حل المتعة، حاصلة ومتفق بين الطرفين على ثبوتها، والشرط المذكور أمرٌ زائد غير جائز، فيلغو هو دون العقد.

ـ وعلى هذا الأساس أيضاً قالوا: إذا شرطت المرأة في عقد النكاح أنْ لا يسافر الزوج معها إذا سافرت كان هذا الشرط باطلاً، لأنَّ الشريعة لا تجيز لها السفر وحدها.

أما إذا شرطت أن لا يسافر زوجها بها إذا أراد السفر، أو أن لا ينقلها من دارها، فإنَّ شرطها هذا صحيح، لأنه مصلحة مشروعة لا تمنع المقصود من النكاح، فيصح اشتراطها، ويثبت للمرأة خيار الفسخ إذا لم يف لها الزوج به.

٧/٤٢ ـ وقد ردوا على من يرى أن مثل هذا الشرط ليس من مصلحة العقد رداً قرروا به ضابطاً فقهياً هاماً كان فيه حد الفصل بين نظريتهم السمحة ونظرية غيرهم الضيِّقة في حدود **مقتضى العقد**، فقالوا: «والقول بأنَّ هذا الشرط ليس من مصلحة العقد قول مردود، لأنَّ هذا الشرط من مصلحة المرأة، **وما كان من مصلحة العاقد**[1] **كان من مصلحة العقد**، كاشتراط الرهن في البيع». (ر: كشاف القناع شرح الإقناع ٣/ ٥٢ طبعة المطبعة الشرقية).

وصرَّحوا في الرهن بأنه لا يصح فيه اشتراط أن لا يباع الرهن عند حلول الدَّين، أو أن لا يستوفى الدين من ثمنه. وكذا لا يصح اشتراط الخيار للراهن، ولا توقيت الرهن. وعللوا ذلك بأنَّ «هذه كلها شروط فاسدة **لمنافاتها مقتضى العقد**، فإن المقصود بعقد الرهن، مع الوفاء بهذه الشروط، مفقود». واختلفوا هل يبطل الرهن بهذه الشروط، أو يلغو الشرط فقط. (ر: المغني ٤/ ٤٢٩).

وهكذا في معظم العقود يميزون في كل منها بين الشروط الصحيحة والشروط الفاسدة، ويعللون فسادها بأنها تنافي مقتضى العقد بهذا المعنى الذي بيناه.

---

(١) هنا قيد ملحوظ: أي من مصلحة العاقد المشروعة، وهي التي لم يحرمها الشرع.

وقد يتوسّعون أحياناً في المنع، فيحكمون بفساد شروط لا لأنها تنافي مقتضى العقد، بل لأنَّ العقد لا يقتضيها، كاشتراط منفعة الراهن للمرتهن (ر: المغني أيضاً).

والظاهر أن منعهم هذا الشرط في الرهن لما فيه من شبهة الربا عن الحق المرهون فيه، وإلا فإنَّ قواعدهم ونصوصهم في البيع وغيره تقتضي صحة اشتراط المنافع الزائدة على أصل مقتضى العقد.

٤٢/٨ ـ وقد اختلفت الروايات عن أحمد في صحة اشتراط **قلب مقتضى العقد** من حكم الضمان إلى حكم الأمانة، وبالعكس.

فقد قال شمس الدين بن قدامة المقدسي في الشرح الكبير: «وإن اشترط المستعير **نفي ضمان العارية** لم يسقط الضمان.

وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً باشتراط ضمانه، لأنَّ مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب لضمانه، فلا يلزمه، كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد مالكه.

وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه، لأن مقتضىٰ العقد الضمان، فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه، كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه.

وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال: **«المؤمنون على شروطهم»**؛ وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ولكن الأول هو ظاهر المذهب». (ر: الشرح الكبير، كتاب العارية ٤/٣٦٦ ـ ٣٧٧).

فأنت ترى من هذا أنَّ مسؤوليات العاقدين الأساسية الناشئة عن طبيعة العقد يتقبل الاجتهاد الحنبلي انقلابها بالشرط.

٤٢/٩ ـ مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الإرادة إجمالاً:

وهذا الاجتهاد الحنبلي، وما على أساسه وغراره في فهم نصوص

الشريعة حول مبدأ سلطان الإرادة العقدية لا ينقضي منه إعجاب المتأمِّل؛ وهو الاجتهاد الجدير بالخلود. فهو في باب العقود والشروط كالأفق الفسيح، واسع الحدود، ولكن حدوده هي الطبيعة نفسها!! ولا سيما إذا عرفنا أن مبدأ سلطان الإرادة الذي قرره الاجتهاد الحنبلي منذ اثني عشر قرناً، استنباطاً من نصوص الشريعة الإسلامية الخصيبة وأصولها المحكمة الواضحة، لم تكن لتعرفه أو تفهمه الشرائع العالمية والفقه الروماني، ولم تنتبه إليه الأفكار التشريعية والاجتماعية في أوربا إلا منذ قرنين كما سنرى، مع أنَّ الإمام أحمد بن حنبل صاحب المذهب رحمه الله تعالى، معدود من فقهاء **مدرسة الحديث** لا من **مدرسة الرأي** (ر: ف ٥٣/١ الحاشية)[1].

على أنَّ ابن تيمية رحمه الله يرى أنَّ عمق اطلاع أحمد وتمكنه في الآثار الثابتة من الحديث والسنة هو السبب في سماحة مذهبه التعاملي، إذ يقول: «ليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد. وإنَّ عامة ما يصححه من العقود والشروط له دليل شرعي خاص من أثر أو قياس فلا يعارَض ذلك بأنه **مخالف لمقتضى العقد**. وقد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي ﷺ وعن الصحابة ما لم يجده عند غيره من الأئمة».

وهكذا أيضاً يرى الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه **«ابن حنبل»**: أنَّ علم أحمد بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب للشروط ظن غيره ممن لا يعلم السنة كعلمه أنها مغلقة. فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم أنَّ منطق الفقه الأثري يوجب الإطلاق والإباحة حتى يقوم دليل التقييد والمنع (ر: كتاب «ابن حنبل» ف/ ٢٢٨ ـ ٢٢٩).

---

(١) يلحظ أنَّ الاجتهاد الحنبلي في أمور العبادات وتطهير النجاسات والتورُّع هو غالباً أضيق من سواه، مما جعله في نظر الناس عنواناً على التشدُّد في الدين، عكس ما هو عليه من السَّعة والسماحة في أحكام التعامل بالعقود والشروط مما لم يتَّسع له غيره من المذاهب.

٤٢/ ١٠ ـ والاجتهاد الحنبلي قد سوَّى في الاعتبار بين الشروط المشروطة في صلب العقد، والشروط المتَّفق عليها قبل العقد، ولو لم يصرِّح بها حال التعاقد، ما دام العاقد إنما اعتمد عليها؛ لأنَّ الأمر بالوفاء بالشروط والعقود والعهود يتناول الحالين.

وهذا هو ظاهر مذهب أحمد، وجزم به في «المنتهى»، وقال في «الإنصاف»: إنه الصواب الذي لا شك فيه. (ر: كشاف القناع ٣/ ٥٢).

فقد اعتبر أحمد الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ، كما اعتبر المعروف عرفاً كالمشروط شروطاً.

النواحي التي تتجلى فيها مزايا المذهب الحنبلي في سلطان الإرادة

٤٢/ ١١ ـ ومما يسترعي النظر من الاجتهاد الحنبلي في حرية الشروط ست نواح هامة من مبدأ سلطان الإرادة تعرف قيمتها في ميزان الفقه القانوني الحديث، وهي:

٤٢/ ١٢ ـ الناحية الأولى:

إنَّ الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد النكاح وغيره في حرية اشتراط الشروط وقوتها اللزومية ضمن حدوده العامة السالفة البيان. وسوَّغَ للزوجين أن يشترطا ما يشاءان في عقد النكاح من الحقوق والمصالح والأحوال التي لا تنافي موضوع الزواج ونظامه الشرعي في الإسلام. فقد أجاز الإمام أحمد بمقتضى هذا المبدأ أن تشترط المرأة عدم السفر مع زوجها، أو أن لا ينتقل بها من دارها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يشترط أحد الزوجين كون الآخر موسراً، وغير ذلك.

وكل شرط صحيح يشرطه أحد الزوجين إذا لم يتحقَّق يسوِّغ للزوج الآخر فسخ النكاح.

وإنما يمنع من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، كما

لو اشترط توقيت النكاح، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية أو عدم الاستمتاع الزوجي ونحو ذلك.

وتفصيل ذلك مبسوط في كتب المذهب (ر: المغني، والشرح الكبير، وكشاف القناع، وكتاب «الفروع» وتصحيحه باب الشروط في النكاح).

١٣/٤٢ ـ ويستند الاجتهاد الحنبلي في ذلك إلى قول النبي عليه الصلاة والسلام: **«أحقُّ الشروط أن تُوفُوا بها ما استحللتم به الفروج»**[(١)].

فهو لم يفرّق بين شروط المهر المالية وغيرها من مصالح الزوجين المشروعة التي تتعلق بها إرادتهما، بل اعتبر الشروط في النكاح أحق بالتمسك وأوكد من غيرها.

ويتمسك الحنابلة أيضاً في هذا المقام بما رواه الإمام البخاري في صحيحه في قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه، أنَّ رجلاً تزوَّج امرأة وشَرَط لها السكنى في دارها، ثم أراد نقلها، فتقاضيا إلى عمر، فقال: **«لها شرطها»**. فقال الرجل: إذن يطلقننا!! فأجابه عمر بتلك الكلمة الدستورية الخالدة: **«مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت»**[(٢)]. (ر: إعلام الموقعين ٣/ ٣٣٨، وكشاف القناع ٣/ ٥٣).

وقد أجاز الاجتهاد الحنبلي أيضاً، على خلاف بين فقهاء المذهب، اشتراط الخيار في عقد النكاح مدة معيَّنة كما في عقود المعاوضات، فإذا مضت المدة دون أن يفسخ الزوج المخيّر ينبرم النكاح. (ر: كتاب «الفروع» وتصحيحه ٣/ ٦٠).

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ٣٢٣ في كتاب الشروط) و (٩/ ٢١٧ في كتاب النكاح)، ومسلم (٤/ ١٤٠) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه مرفوعاً.

(٢) علقه البخاري في صحيحه في موضعين: في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عُقدة النكاح ٥/ ٣٢٢، وفي كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح ٩/ ٢١٧، وقال الحافظ ابن حجر في الفتح: وصله سعيد بن منصور.

٤٢/ ١٤ ـ الناحية الثانية:

وقد تفرَّع عن تلك الناحية الأولى أن جاءنا الاجتهاد الحنبلي بمبدأ جديد هام في قاعدة الشروط العقدية، وهو أنَّ الشرط قد يكون في ذاته وبحسب طبيعته غير ملزم شرعاً للمشروط عليه، فهو في الشروط كالعقد غير اللازم في العقود، ومع ذلك يصح اشتراطه ولا يلغو. فتكون ثمرة صحة اشتراطه، رغم عدم لزومه، أنَّ الطرف المشروط لمصلحته يحق له فسخ العقد عند عدم وفاء الطرف الآخر بالشرط.

ففي هذا النوع من الشروط يكون الطرفان مخيرين: فكما أنَّ الطرف المشروط عليه مخيَّر في الوفاء بالشرط وعدمه يكون الطرف المشروط له مخيَّراً بين الاستمرار وفسخ العقد في حالة عدم الوفاء بالشرط.

ـ وذلك كما لو اشترطت المرأة في عقد النكاح على الرجل «أن لا يسافر أو لا يتزوج عليها»، فإنَّ الرجل حينئذ إنما يستحسن له شرعاً أن يفي بهذه الشروط ما استطاع، لكن لا يجب عليه الوفاء ولا يجبر عليه قضاءً، لأنَّ الشرع أطلق له حرية السعي والسفر والانتقال، إذ هو أعرف بمواطن رزقه وتتبع حاجاته، كما أطلق له حق التزوُّج بحدود رسمها الشرع. ولكنه إذا لم يفِ بالشرط فسافر أو تزوج غيرها كان لها فسخ النكاح بينها وبينه.

ـ حتى إنَّ الحنابلة جوَّزوا على هذه الطريقة شروطاً مكروهة شرعاً تمسُّ غير العاقدين، ما دامت النتيجة في هذا النوع من الشروط ليست هي الإلزام بتنفيذ الشرط، بل هي حق الفسخ عند عدم تحققه.

وذلك كما لو اشترطت المرأة الثانية في عقد النكاح على زوجها أن يطلِّق امرأته الأولى. فقد اختلفوا في صحة هذا الشرط، والمحققون على صحته[١]، لأنه من مصلحة المرأة الشارطة وإن لم يُلزم به الزوج، فيحق

---

(١) إن الإمام موفق الدين بن قدامة المقدسي نصَّ على عدم صحة هذا الشرط، لكن أكثر أصحاب المذهب الحنبلي على الصحة. وقواعد الترجيح في المذهب تعتبر قول الشيخ الموفق عند الاختلاف هو الراجح الصحيح. (ر: تصحيح الفروع ٣/ ٥٦).

لها فسخ النكاح إذا لم يفِ الزوج بتطليق ضرتها كما شرط (ر: «كشاف القناع شرح الإقناع»، بحث الشروط الصحيحة في النكاح).

١٥/٤٢ ـ الناحية الثالثة:

إنَّ الاجتهاد الحنبلي سوَّغ تقييد الملك المطلق عند مباشرة عقده بشروط تحفظيَّة تمنع بعض تصرُّفات المالك، أو تقيِّد طرق الانتفاع، أو تستثني بعض الحقوق، أو توجب على المالك بعض الواجبات.

ـ فجوَّز لبائع الأمة الرقيقة أن يشترط على المشتري عدم بيعها، بل يختصها بالتسرّي والاستيلاد، لأنها قد تكون عزيزة على البائع فيريد أن يحفظ لها الصيانة والكرامة.

ـ وكذلك جوَّز اشتراط البائع على المشتري أنه إذا أراد بيع المبيع فالبائع أحق باسترداده بثمنه. فليس للمشتري عندئذ أن يبيعه على غير بائعه.

ـ وجوَّز أيضاً بيع الشيء مع شرط احتفاظ البائع بمنفعته مدة معينة.

ـ وجوَّز أيضاً بيع العقار على شرط أن يقفه المشتري، وبيع العبد على شرط أن يعتقه، ونحو ذلك.

وهذه الشروط وأمثالها لا تقبلها الاجتهادات الأخرى غير المذهب الحنبلي، لأنها عندهم تعارض ما يقتضيه عقد البيع، وما يستلزمه الملك المطلق من حرية تصرف المشتري فيما اشتراه، فإنَّ ثمرات الملك وحقوقه لا يرتبها العاقد؛ وإنما يرتبها الشرع ترتيباً يمنع تجاوز الإنسان فيها على حقوق غيره.

ولكن نظر الاجتهاد الحنبلي في ذلك أنَّ هذه الشروط الإرادية لها تأثير في تحديد آثار العقد بسلطة منحها الشرع العاقدين، وفوضهما بمقتضاها هذا التحديد بحسب مصالحهما. فلا يكون الملك المنتقل بعقد البيع مع هذه الشروط ملكاً مطلقاً بل مقيَّداً.

١٦/٤٢ ـ الناحية الرابعة:

إنَّ الاجتهاد الحنبلي صحَّح طريقة **البيع بما ينقطع عليه السعر**، أي بما يستقر عليه سعر السوق في يوم البيع، دون تحديد للثمن عند العقد.

وهذا لم يقبله أحد من الأئمة الثلاثة غير أحمد، لما فيه من جهالة الثمن عند العقد(١).

ولكن الاجتهاد الحنبلي اعتبر في هذا الاتفاق والشرط ما يضع أساساً صالحاً لتحديد الثمن، ونفي الجهالة وحسم النزاع.

وقد دافع عنه ابن القيم وأيَّد نظريته من الوجهة الشرعية والمصلحة الواقعية بما فيه الكفاية (ر: إعلام الموقعين، طبعة المطبعة المنيرية بمصر، ٤/٣)(٢).

وهذا غاية ما وصل إليه المنطق القانوني الحديث في شرائط التعاقد وما جاءتنا به المادة /٩٦/ من القانون المدني الجديد لدينا من أنه: إذا اتفق العاقدان على النواحي الأساسية في العقد وأرجىء البحث في التفاصيل

---

(١) إنَّ متأخري الحنفية جوَّزوا من هذا القبيل النوع الذي أسموه: **بيع الاستجرار**، للحاجة إليه، واختلفوا في طريقة تخريجه (ر: رد المحتار ٤/١٢).

وبيع الاستجرار: هو أن يأخذ الإنسان حاجاته اليومية من عند اللحام أو البدال أو غيرهما دون اتفاق على ثمن كل منها عند الأخذ، ثم يحاسبه كل مدة. وهو المسمى اليوم بطريقة: **الحساب الجاري**.

(٢) ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه «قاعدة العقود»:

«وقد نصَّ أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر، فيجوز الشراء بالعوض المعروف والاستئجار بالعوض المعروف. وكذلك التزوُّج بالعوض المعروف. بل عوض المثل في البيع والإجارة أولى بالقبول، فإنه يوجد مثل المبيع والمأجور كثيراً، ويعرف عوضه بكثرة العرف؛ بخلاف المرأة، فإن ما يشابهها في صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر».

(ر: **«قاعدة العقود»** فصل: «حق المرأة في الفسخ إذا لم يسلم لها الصداق المشروط»)..

وقد سبقت الإشارة إلى أنَّ هذا الكتاب من المخطوطات التي طبعت حديثاً (ر: ف ١/٤٤).

الفرعية ولم يشترطا عدم تمام العقد قبل الاتفاق عليها، اعتبر العقد منعقداً. وإذا اختلفا بعد في تلك الأمور الفرعية يقضي فيها القاضي بالعرف وقواعد العدالة[1].

١٧/٤٢ ـ الناحية الخامسة:

إنَّ الاجتهاد الحنبلي أجاز تعليق التصرُّف بشرط معلَّق في جميع أنواع العقود والفسوخ، من بيع وإجارة وكفالة وإقالة وإبراء وغيرها، حتى عقد النكاح أيضاً؛ وذلك على اختلاف في الآراء المذهبية في هذا التعميم.

وتعليق العقد هو إنشاؤه بصيغة تفيد ارتباط وجوده بأمر آخر معلَّق عليه وهو المسمى بالشرط الجعلي كما تقدم (ر: ف ٦/٢٨).

وذلك كقولك: إنْ جاءت بضاعتي الفلانية اليوم فقد بعتكها بكذا، وكقول المرأة: زوجتك نفسي على كذا من المهر إن رضي أبي أو أخي مثلاً.

وجمهور الفقهاء قد أغلقوا باب التعليق في جميع العقود ولا سيما التمليكات والنكاح، فاعتبروها بالتعليق باطلة. وإنما سوَّغوا تعليق الإسقاطات المحضة كالطلاق والإعتاق. وسوَّغ الحنفية تعليق عقود الالتزامات والإطلاقات كالكفالة والوكالة بالشرط الملائم دون غير الملائم كما سنرى (ر: ف ١٤/٤٣).

ومستند الإمام أحمد في تجويز تعليق العقود بوجه عام هو إطلاق قول النبي عليه الصلاة والسلام: «**المسلمون على شروطهم**»[2] فإنه لم

---

(١) يقول الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في هذا الصدد: «ولقد رأينا أحمد يتوسع في العقود توسعاً ما كنا نحسب أنه سبق الفقهَ الحديثَ». (ر: كتاب «ابن حنبل» للأستاذ المشار إليه، ف/٢٢٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والدارقطني (٣٠٠)، والحاكم (٤٩/٢)، والبيهقي (٧٩/٦) من حديث أبي هريرة. وروي من حديث عائشة، وأنس بن مالك، وعمرو بن عوف، ورافع بن خديج، وعبدالله بن عمر. والحديث بمجموع طرقه يرتقي إلى الصحيح لغيره.

يستثن منه إلا الشرط الذي ينافي كتابَ الله تعالى، وهو الشرط الذي يحلُّ حراماً أو يحرِّم حلالاً؛ فيستوي فيه الشروط التعليقية والشروط التقييدية[١].

ويقول ابن القيم في تعليل ذلك:

«إنَّ تعليق العقود والفسوخ والتبرُّعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف. وقد نصَّ الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط كما يتعلق الطلاق، وعلى جواز تعليق البيع والإبراء». (إعلام الموقعين، طبعة المنيرية ٣/ ٢٣٧ ـ ٢٣٨/ باختصار).

وصحة تعليق العقود بالشروط هو ما يقتضيه اليوم مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الحديثة، ومقتضى المادتين / ٢٦٥ ـ ٢٦٦/ من قانوننا المدني.

٤٢/ ١٨ ـ الناحية السادسة:

إنَّ الاجتهاد الحنبلي أجاز **طريقة العربون**، وهي أن يبيع الإنسان الشيء ويأخذ من المشتري مبلغاً من المال يسمى «عربوناً» لتوثيق الارتباط بينهما، على أساس أنَّ المشتري إذا قام بتنفيذ عقده احتسب العربون من الثمن، وإن نكل كان العربون للبائع.

وجمهرة المذاهب على أنَّ ذلك غير جائز، لأنَّ فيه شرط مال يستحقه البائع بلا عوض، وعليه الاجتهاد الحنفي والمالكي والشافعي.

ولكنَّ أحمد ومحمد بن سيرين ونافع بن الحارث أجازوه تمسكاً بما روى نافع وهو عامل لعمر بن الخطاب على مكة: أنه اشترى لعمر دار السجن بمكة من صفوان بن أمية، وشَرَط له أنه إن لم يرضها عمر فلصفوان مبلغ معيَّن من المال. وقد أقرَّ عمر شرطه هذا (ر: الشرح الكبير، باب الشروط في البيع ٤/ ٥٨ ـ ٥٩/ ، وبداية المجتهد ٢/ ١٣٥).

---

(١) سيأتي التمييز بين الشرط التعليقي والتقييدي في (ف ٤٣/ ١ و ٤٣/ ٢).

ومن المعلوم أنَّ طريقة العربون هي وثيقة الارتباط العامة في التعامل التجاري في العصور الحديثة، وتعتمدها قوانين التجارة وعرفها، وهي أساس لطريقة التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار.

وقد أيَّد ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه[1]، عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال: «قال رجل لِكَرِيِّهِ: أرحِلْ ركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائةُ درهم، فلم يَخْرُج، فقال شُرَيْحٌ: **مَنْ شَرَطَ على نفسِه طائعاً غير مُكْرَهٍ فهو عليه**»[2]. (ر: إعلام الموقعين، طبعة المطبعة المنيرية ٣/٣٣٩).

وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار هو ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: **الشرط الجزائي** Clause pénale (ر: ف٥٧/٦).

خلاصة عن أحوال الشرط في المذهب الحنبلي:

١٩/٤٢ ـ يتضح مما تقدَّم أنَّ للشرط في المذهب الحنبلي أربعة أحوال تجعل منه أربعة أنواع:

١ ـ شرط يصح ويَلزَم، وهو الأصل في حكم الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد.

٢ ـ وشرط يصح ولا يَلزم وهو الذي يمنع العاقد من حق يحرص الشرع على بقائه، كاشتراط المرأة على الرجل في عقد الزواج أن لا يطلقها

---

(١) رواه البخاري في كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط (٥/٣٥٤) مع الفتح.

(٢) **الكريّ** بتشديد الياء، وزان «**غني**»: هو المكاري الذي يؤجر دوابه للسفر.
و «**أرحِل ركابك**»: أي شد على دوابك رحالها استعداداً للسفر.
وشريح (بصيغة التصغير) هو شريح بن الحارث بن قيس الكندي، من أشهر القضاة الألمعيين، والفقهاء المجتهدين في صدر الإسلام، ولاه عمر بن الخطاب قضاء الكوفة واستمر فيه حتى استعفى في أيام الحجاج فأعفاه، وكان ثقة في الحديث، مأموناً في القضاء، له باع في الأدب والشعر، وعُمِّر طويلاً. (ر: «**الأعلام**» للزركلي).

أو لا يتزوج عليها. وثمرة صحته جواز الفسخ عند المخالفة.

٣ ـ وشرط لا يصح هو ويلغو، وهو ما ينافي مقتضى العقد، كاشتراط الزوجة عدم معاشرة الزوج لها.

٤ ـ وشرط لا يصح ويُلغي ـ أي يُبطل ـ العقد، وهو ما تنعدم به غاية العقد، كاشتراطها أن لا تحل للزوج بالزواج.

٤٢/ ٢٠ ـ هذا، ونحن إنَّما عرضنا في هذه النواحي الست أسساً ومبادىء من سلطان الإِرادة في آثار العقود والشروط العقدية موجودة في الاجتهاد الحنبلي ومروية عن إمامه.

ونلفت النظر إلى أنَّ في بعض هذه النواحي الأساسية اختلافاً بين فقهاء المذهب الحنبلي، وانَّ ما هو متفق عليه من الأسس يوجد في تطبيقاته الفرعية اختلاف كثير على الحدود والتفصيلات.

فجريان خيار الشرط في عقد النكاح مثلاً، وصحة تعليقه بالشرط المعلّق، هو خلاف المشهور في المذهب الحنبلي.

وكذا تعليق عقود المعاوضات المالية، وطريقة البيع بما ينقطع عليه السعر مما تقدَّم بيانه، لم تتفق عليهما آراء فقهاء الحنابلة: فمنهم من حكم بجوازها ومنهم من حكم ببطلانها.

ولكن المهم هو أنها آراء فقهية قد اتَّسعت لها قواعد المذهب ونظرياته الأساسية، وهي ثابتة الرواية والنقل عن إمام المذهب أو كبار رجاله ولو أنَّ بعضها لم يكن هو المشهور المرجح[١].

---

(١) يرجع فيما حررناه في هذا البحث إلى المصادر التالية:

أ ـ من الكتب القديمة في الفقه العام والفقه المذهبي:

١ ـ «بداية المجتهد» للقاضي ابن رشد الحفيد المالكي، باب بيوع الشروط والثنيا ٢/ ١٣٢ ـ ١٣٧.

=

إنَّ الآراء والنظريات الفقهية في المذاهب المعتبرة، سواء منها الراجح والمرجوح، كلها ثروة تشريعية قيّمة يحتاج إليها. وقد يظهر تطور المصالح الزمنية وإعادة النظر أنَّ ما كان من الآراء الفقهية مرجوحاً هو الذي يجب أن يكون الراجح، وما كان يظن ضعيف المبنى هو في الحقيقة أقوى وأسد، ولكن مرمى نظر صاحبه قد كان أمام قافلته بمسافاتٍ لا تدركها أبصارهم؛ فيبقى غير معتمد عليه حتى تصل العصور بالأجيال إلى مرمى ذلك النظر فإذا هو البصر الحديد، والفهم الرشيد!!

وفي كل مذهب أنظار فقهية شتى من هذا القبيل يمتاز فيها المذهب بما لم يدركه سواه من المذاهب.

٤٢/ ٢١ ـ ولله در ابن القيم ـ وهو من أعلام فقهاء المذهب الحنبلي

= ٢ ـ «فتح القدير» للكمال بن الهمام الحنفي شرح الهداية، بحث الشرط الفاسد من باب البيع الفاسد ٦/ ٧٦ ـ ٧٧، وكذا غيره من كتب المذهب الحنفي.

٣ ـ أمهات كتب المذهب الحنبلي كالمغني، والشرح الكبير، والمنتهى، وكشاف القناع شرح الإقناع، فصل الشروط في البيع والشروط في النكاح وفي غيرهما من العقود، وخاصة هذين الفصلين في كتاب «الفروع» للمرداوي وتصحيحه، ففيه مختلف الروايات المذهبية.

وكذا كتاب «الإنصاف» للشيخ علاء الدين علي بن سليمان المقدسي، فإنه قد تكفَّل بتحرير هذه الروايات وترجيحاتها، وقد نقلنا عن نسخة مخطوطة منه في خزانة الأستاذ الشيخ جميل الشطي بدمشق مفتي الحنابلة، ثم طبع في مطبعة أنصار السنة في القاهرة.

٤ ـ بحث العقود والشروط للشيخ تقي الدين بن تيمية في الجزء الثالث من فتاواه.

٥ ـ «إعلام الموقعين» لابن القيم، المثال ٦١ ـ ٦٢ من أمثلة الحيل الجائزة، طبعة المنيرية ٣/ ٣٣٦ ـ ٣٤٤، وطبعة الكردي ٣/ ٢٨٧ ـ ٢٩٤.

ب ـ من المؤلفات الحديثة:

١ ـ رسالة «العقود والشروط» للعلامة الكبير المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم بك.

٢ ـ كتاب «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ الجليل الشيخ محمد أبي زهرة، (ف/ ١٣٥ ـ ١٥١).

٣ ـ كتاب «ابن حنبل» للأستاذ محمد أبي زهرة (ف/ ٢٢٤ ـ ٢٣٣).

ـ فإنَّ له في هذا المقام كلاماً نفيساً مخلداً يعدُّ من مفاخر الأنظار الفقهية. فإنه، بعد أن استعرض في كتابه **«إعلام الموقعين»** بعض نصوص الشريعة وآثار السنة المرويّة في قاعدة الشروط، والروايات الثابتة عن الإمام أحمد في تعليق العقود وتقييدها بالشروط، يقول ما نصُّه:

«والمقصود أنَّ للشروط عند الشارع شأناً ليس عند كثير من الفقهاء. فإنَّ بعضهم يلغون شروطاً لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده. وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطَّرد منعكس يقوم عليه دليل. فالصواب الضابط الشرعي الذي دلَّ عليه النص، وفيه قضيتان كليتان:

ـ **إحداهما**: انَّ كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه فهو باطل كائناً ما كان.

ـ **والثانية**: انَّ كل شرط لا يخالف حكمه ولا يناقض كتابه، **وهو ما يجوز بذله وتركه بدون اشتراط**، فهو لازم بالشرط.

ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء؛ وقد دلَّ عليهما كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الصحابة. ولا تعبأ بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الآرائية، فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع». (إعلام الموقعين، طبعة المطبعة المنيرية ٣/٣٣٩ ـ ٣٤٠ باختصار).

٤٢/ ٢٢ ـ وبمناسبة كلمة ابن القيم هذه نعيد إلى الذاكرة تلك الجملة الدستورية العظيمة لأستاذه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله وقد نقلناها سابقاً (ف ٤٢/ ٥) إذ يقول: «والأصل في العقود رضا المتعاقدين، **ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد»**.

فهذه العبارة الجليلة هي التي يجب أن تعتبر بحق دستور الفقه الإسلامي في مبدأ سلطان الإرادة العقدية.

هذا، وقد عنينا ببسط القول في الاجتهاد الحنبلي هنا لأنه هو الذي تتمشى أُسسه في موضوع سلطان الإرادة العقدية مع النظريات القانونية الحديثة، وتصلح أن تكون أساساً للمقارنة بها[1].

(١) يقول الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه «ابن حنبل» بعد عرضه مذهب أحمد بن حنبل في حرية التعاقد والشروط العقدية ما نصه:

«وهكذا ترى ذلك الإمام الذي جعل آثار السلف أستاذه، فتخرّج عليها واهتدى بهديها انتهى في العقود وفي كثير من معاملات الناس إلى التوسعة بدل التضييق، والإباحة دون المنع.

وبذلك قام الدليل على أنّ الناس الذين يزعمون أنّ الرجوع إلى مسالك السلف الصالح فيه تضييق على الناس لم يعرفوا حقيقة هذه الآثار، وكيف سَلَك الصحابة السبيل، وكيف عالجوا المشاكل التي عرضت بروح الدين الذي جاء رحمة للناس، ولم يجيء لإعناتهم والتضييق عليهم.

وهذه عقود تقوم عليها الأسواق العالمية اليوم قد كان في فقه أحمد متّسع لها، وقد تبيّن أنه اهتدى في هذا بهدي السلف رضي الله عنهم». (ر: كتاب «ابن حنبل» ف/ ٢٣٣).

الفصل الثالث والأربعون

أنواع الشروط العقدية

التعليق والتقييد والإضافة:

١/٤٣ ـ إنَّ التصرُفاتِ القوليةَ، ومنها العقود، لها من حيث الإطلاق والتقييد، حالتان عامتان:

أ ـ فهي إما أن تصدر من المتكلم مُنْجَزَةً وَمُطْلَقَةً، أي خالية عن كل قيد وشرط. وعندئذ يوجد التصرُّف أو العقد في الاعتبار الشرعي، وتترتَّب عليه أحكامه وآثاره من فور إنشائه. وذلك كما لو قال أحد العاقدَيْن للآخر مثلاً: بعتك فرسي هذه، أو قال: آجرتك داري هذه سنة بكذا ديناراً، وقبل الآخر؛ فإنه ينبرم العقد ويأخذ حكمه للحال. فيملك المشتري المبيع، ويملك المستأجر المنفعة لقاء البدل المسمى الذي يستحق عليها. وعندئذ يسمى العقد **منجزاً مطلقاً**.

ب ـ وإما أن تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به:

ـ تعليق وجود العقد، أي ربط وجوده بوجود شيء آخر بحيث لا يوجد العقد ما لم يوجد ذلك الشيء،

ـ أو تقييد حكمه وآثاره،

ـ أو تأخير مفعوله إلى زمن معيَّن:

١ ـ فلو قال البائع مثلاً: بعتك حصتي من هذه الدار بكذا **إن رضي شريكي**، فقبل المشتري، يكون المتبايعان غير معتزمَين تنجيز البيع، وإنما

علقا وجوده وربطاه برضا الشريك الذي يمكن أن يرضى وأن لا يرضى، فكان البيع تحت احتمال الوجود والعدم.

٢ ـ ولو قال البائع: بعتك هذه السيارة بكذا، **على شرط أن استعملها شهراً** قبل التسليم، أو بشرط أن أقوم بتصليحها كلما طرأ عليها خلل إلى سنتين، فَقَبِل المشتري، يكون الطرفان قد اعتمدا تنجيز البيع، وإنما أرادا تعديل آثاره بقيد قيداه به يحفظ للبائع حقاً في منافع السيارة مدة شهر بعد خروجها من ملكه؛ أو يلزمه بإصلاح ما يطرأ عليها من خلل. فقد كان مقتضى البيع لولا الشرط هو أن تنتقل ملكية السيارة ويستحق تسليمها فوراً، ثم لا يكون للبائع حق في شيء منها أو في منافعها، كما لا يكون مسؤولاً عما يطرأ عليها من خلل حادث في يد المشتري.

٣ ـ ولو قال المؤجِّر: آجرتك داري هذه سنة بكذا اعتباراً **من أول الشهر القادم**، فَقَبِل المستأجر، يكونان قد أخَّرا حكم الإجارة وأضافاه إلى زمن مستقبل. ولولا هذا القيد المشروط لبدأ حكمها وثبتت حقوق المستأجر من فور العقد.

٢/٤٣ ـ وبهذه الأمثلة الثلاثة يتضح أنَّ الشروط التي يلقي بها العاقد على عقده قيداً من القيود يعدل به عن طريق التنجيز والإطلاق هي ثلاثة أنواع:

الأول: الشرط الذي يعلق انعقاد العقد ونحوه من التصرُّفاتِ القولية، فيجعل وجوده مرتبطاً بأمر آخر.

وهذا يسمى: **تعليقاً** على الشرط، كما في المثال الأول.

الثاني: الشرط الذي لا يعترض سبيل الانعقاد، وإنما يقيِّد حكم العقد تقييداً، فيعدِّل آثاره الأصلية بإيجاب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً عن الشرط.

وهذا يسمى: **تقييداً** بالشرط، كما في المثال الثاني. وقد يسمى: **اقتراناً** بالشرط، ويوصف العقد معه بأنه «**مقيّد بالشرط، أو مقترن به**» في مقابل العقد «**المعلَّق**».

الثالث: الشرط الذي ليس فيه تعليق وجود العقد، ولا تعديل مقتضياته وأحكامه الأصلية، وإنما يقصد به تأخير سَرَيان تلك الأحكام إلى زمن مستقبل معيَّن.

وهذا يسمى: **إضافة إلى المستقبل**، كما في المثال الثالث.

وسنبيِّن في المطالب التالية من البحث:

أولاً: مجمل الأنظار والاعتبارات الفقهية في كل من هذه الأنواع الثلاثة: (التعليق، والتقييد، والإضافة).

ثانياً: الفوارق بين مقتضيات هذه الأنواع.

ثالثاً: قابليات أنواع التصرُّفات والعقود لهذه الأنواع من الشروط.

المطلب الأول

مجمل الأنظار الفقهية في التعليق والتقييد والإضافة

أولاً: التعليق على الشرط

٤٣/٣ ـ إنَّ التعليق على الشرط، كما تفيده تعاريف الفقهاء، هو: **ربط حصول أمر بحصول أمر آخر**.

فهو عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقاً ساري الحكم منذ صدوره.

فعندما يقول الإنسان لآخر مثلاً: إن سافر مدينُك فأنا كفيل بما لك

عليه، يكون القائل قد رَبَط انعقاد الكفالة بتحقق سفر المدين. فهذا تعليق للكفالة[1].

٤٣/ ٤ ـ ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين، نحو «**إن** و «**إذا**» و «**متى**» و «**كلما**»؛ لأن الأمر المعلَّق عليه هو أفعال أو أحداث وقوعية، وهذه الأدوات الشرطية هي التي تدخل على الجملة الفعلية فتجعل وقوع الحدث الذي تتضمنه شرطاً لوقوع الأمر المعلَّق المشروط.

فلا بد في التعليق من جملتين يربط بينهما بأداة شرطية.

فالجملة التي تدخل عليها الأداة الشرطية تسمى: **الشرط، أو جملة الشرط**، وتدل على الأمر المعلَّق عليه. والجملة الأخرى تسمى: الجزاء، وتدل على الأمر الإنشائي المعلَّق من عقد ونحوه.

ولا عبرة بتقدّم إحدى الجملتين أو تأخرها، نحو: «إن وصلت بضاعتي الفلانية اليوم فقد وكلتك ببيعها»، أو: «وكلتك ببيع بضاعتي الفلانية إنْ وَصَلت اليوم».

٤٣/ ٥ ـ ولكي يكون الكلام تعليقاً بالمعنى الحقيقي في اصطلاح الفقهاء يجب أن يكون الأمر المعلَّق عليه، وهو الشرط، **معدوماً على خطر الوجود**، أي معدوماً محتمل الوقوع:

---

(١) الفقهاء يعرِّفون التعليق بأنه:
«ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى».
أو بأنه: **«ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد»**.
(ر: «الأشباه والنظائر» بحاشية الحموي، الفن الثالث ٢/ ٢٢٤).
ففي المثال المذكور قد رتَّب المتكلم الكفالة، وهي مضمون الجملة الثانية، على سفر المدين، وهو مضمون الجملة الأولى. وكلاهما، أي السفر والكفالة، لم يتحققا في الوجود، وإنما التزم المتكلِّم الكفالة عند تحقق السفر المحتمل الوقوع.
والتعريف الذي استخلصناه واعتمدناه هو أوجز وأوضح.

ـ فلو كان متحقق الوجود حين التعليق كان الكلام تنجيزاً في صورة تعليق، كقول القائل: «إنْ كنت حياً فقد بعتك هذا الشيء».

ـ ولو كان مستحيل الحصول كان التعليق إبطالاً، أي مبالغة في التعبير عن الامتناع وعدم الإرادة، كقوله: إن عاش مدينك بعد موته فأنا كفيله. (ر: «الأشباه» لابن نجيم، الفن الثالث ٢/ ٢٢٤).

٤٣/ ٦ ـ هذا، وإنَّ التعليق يقتضي وقوع الأمر المعلَّق عند تحقق الشرط المعلَّق عليه، كما يقتضي دوام انتفائه ما دام الشرط معدوماً: أي إنَّ المشروط مرتبط بالشرط وجوداً وعدماً، إذ يصير الشرط كالسبب للمشروط ـ **بإرادة المتصرف** ـ بعد أن لم يكن له به علاقة.

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة القائلة: **المعلَّق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط** (المجلة/ ٨٢).

فإذا قال الدائن للمدين: «إن وفيتني اليوم نصف ديني فقد أبرأتك من الباقي» أو قال لآخر: «إذا قضى القاضي لي على مديني فلان فقد وكلتك بقبض الدَّين منه»، فإنَّ هذا التعليق يقتضي عدم براءة المدين عن الدين قبل دفع القدر المشروط في الموعد المحدد، وعدم ثبوت الوكالة بقبض الدَّين قبل صدور حكم الحاكم به؛ لأنَّ القائل الذي له حق التصرُّف قد اشترط الدفع أو الحكم، وجعله مناطاً لتحقيق الإبراء عن بقية الدين، أو للتوكيل. ولذلك يسمى أيضاً الشرط المعلق عليه: **شرطاً جعلياً**، في مقابل «الشرط الشرعي» كما تقدَّم في مناسبته (ر: ف ٢٨/ ٦).

ثانياً: التقييد بالشرط

٤٣/ ٧ ـ وأما التقييد بالشرط، أو الاقتران به، فهو: **التزام في التصرُّف القولي لا يستلزمه ذلك التصرُّف في حالة إطلاقه.**

وذلك كما لو باع الإنسان بضاعةً على شرط أن تكون محمولة على حسابه إلى محل المشتري. فالبائع هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده

وجيبة حمل المبيع إلى محل المشتري. وهذا الالتزام لم يكن ليقتضيه البيع المطلق، أي الخالي عن الشرط، لأنَّ البيع المطلق إنما يوجب مجرد انتقال الملكية بعوض، ثم إنَّ المالك الجديد - المشتري - هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه[1].

ومثل ذلك ما لو وكل وكيلاً بشراء شيء على أن يكون الثمن مقسطاً أقساطاً عيَّن له عددها ومددها.

فالوكيل قد تقيَّدت وكالته بهذا الشرط فأصبح ملتزماً فيها أن لا يشتري لموكله إلا بحسب التقسيط الذي قيَّده به. فلو خالف يقع الشراء لنفسه ولا يلتزم به موكله. ولو كان التوكيل مطلقاً لكان للوكيل صلاحية الشراء للموكل نقداً وتقسيطاً.

وهكذا يقال في تخريج كل مثال من هذا القبيل.

فالمقيَّد هنا هو حكم العقد المنشأ، والقيد هو الشرط الذي التزم به العاقد ما التزم علاوة على الحكم الأصلي للعقد.

ويلحظ هنا أنَّ العقدَ في حالة التقييد هو **مُنجَزٌ مُبْرم** ليس معلقاً وجوده على شيء، لأنَّ معنى **التقييد** يشعر بوجود الأمر المقيد[2].

هذا، وإنَّ التقييد يصاغ عادة بعبارة «**على أن**» أو «**على شرط أن**» أو

---

(١) الفقهاء يعرِّفون الشرط التقييدي بأنه: «**التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد**» (ر: حاشية الحموي على الأشباه، الفن ٣، ٢/ ٢٢٤).
ففي المثال المذكور قد التزم البائع أمراً لم يقع، وهو حمل المبيع على حسابه وإن التزامه هذا حَصَل في ضمن أمر قد وجد وانبرم، وهو عقد البيع.
وهذا التعريف يقابل قولهم في تعريف الشرط التعليقي بأنه: «ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد» كما تقدم (ف ٤٣/ ٣ الحاشية).
والتعريف الذي وضعناه هنا أدق تصويراً لحقيقة الشرط التقييدي، وأوضح صورة.

(٢) ومن ثم نرجح تسمية هذا النوع «**تقييداً**» كما هو اصطلاح الحنفية لا «**اقتراناً**» كما يسميه بعضهم (ر: ف ٤٣/ ٢)، لأنَّ **الاقتران** معنى ينطبق على التعليق والإضافة أيضاً، فلا يدل على الخاصة التي يتميز بها هذا النوع.

«بشرط أن»، ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد الآنف الشرح؛ نحو: «وهبتك هذا الشيء على أن تهبني في مقابله كذا»، إلخ...

ثالثاً: الإضافة إلى المستقبل

٨/٤٣ ـ وأما الإضافة فهي: **تأخير حكم التصرف القولي المنشأ إلى زمن مستقبل معيَّن**، وذلك كما لو قال المؤجر: «آجرتك هذه الدار سنة بكذا من أول الشهر القادم»؛ أو قال الموكل: «وكلتك في جميع شؤوني منذ أول السنة الآتية».

وقد يكون الزمن المستقبل **ملحوظاً**، فيكون التصرُّف مضافاً دون تصريح بالإضافة، كما في الوصية، إذ يقول الموصي مثلاً: «أوصيت بثلث مالي لفلان، أو للجهة الفلانية». فإنَّ الوصيّة تفيد معنى الإضافة إلى ما بعد الموت. أما التبرع المُنَجَز في الحياة فهو الهبة أو الصدقة.

وتصاغ الإضافة عادة بذكر الزمن على سبيل الظرفية للتصرُّف الإنشائي المضاف، كما في الأمثلة السابقة.

فإذا صيغت الإضافة بطريق التعليق على مجيء الزمن، واستعملت فيها بعض أدوات التعليق الشرطية السالفة البيان اعتبرت تعليقاً محضاً لا إضافة، كما لو قيل: «إذا جاء الشهر الفلاني فقد آجرتك داري سنة بكذا». فعندئذ تأخذ أحكام التعليق لا أحكام الإضافة، لأنَّ أصل انعقاد العقد حينئذ يكون معلَّقاً على مجيء الزمن المعيَّن ومربوطاً به ارتباط المشروط بشرطه، كتعليقه على أي حادث آخر، وليس معقوداً للحال ومؤخر الحكم إلى زمن مستقبل بالصورة التي سبق شرحها في معنى الإضافة الاصطلاحي. (ر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم، الفن الثاني، كتاب الطلاق ١/ ٢٥٥).

المطلب الثاني

الفوارق بين مقتضيات التعليق والتقييد والإضافة

٩/٤٣ ـ رأينا أنَّ التعليق يجعل التصرُّف المعلَّق مرتبطاً في وجوده

بالشرط المعلَّق عليه الذي يمكن أن يوجد أو لا يوجد.

أ ـ فالتعليق **مقتضاه** أنَّ العقد المعلق بالشرط مهما كان نوعه هو **عدمٌ قبل وقوع الشرط المعلَّق عليه.**

ب ـ أما التقييد فإنَّ **مقتضاه** أن يعتبر العقد المقيَّد بالشرط موجوداً مبتوتاً فيه بين الطرفين، وإنما التزم في ضمنه حكم زائد معدل لموجبه الأصلي؛ وإنَّ معنى التقييد يشعر بوجود العقد المقيَّد كما تقدم (ف ٤٣/ ٧).

وعلى هذا، فمن علَّق البيع مثلاً بقوله لآخر: «إنْ جاءت سيارتي الفلانية اليوم من سفرها فقد بعتكها بكذا»، ورضي المخاطب، فإنه بحسب اتفاق الطرفين أنفسهما لم يرد صاحب السيارة أن يكون بائعاً لها منذ تعليق العقد قبل مجيئها في ذلك اليوم، وكذا لا يعتبره أحد بائعاً بإنشاء هذا التعليق، ولا سيما ان السيارة ربما لا تحضر في الزمن المعيَّن فلا يتحقق الشرط الذي علَّق عليه البيع.

أما من قيَّد البيع بالشرط تقييداً بقوله مثلاً لصاحب سيارة: «اشتريت منك هذه السيارة بكذا على شرط أن تعلمني سَوْقها»، ورضي الآخر، فإنَّ الطرفين يكونان متبايعين فعلاً بهذا التعاقد المقيَّد، ويعتبر البيع بمقتضى اتفاقهما **منجزاً مبتوتاً بينهما**، ويصير البائع ملتزماً بتعليم السَّوْق، ومكلَّفاً بتنفيذ التزامه[١].

ج ـ وأما الإضافة فهي تشبه التعليق من وجه، لأنَّ حكم العقد

---

(١) ومن ثم يقول الفقهاء في التفريق بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط: إن الأول «ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد» أما الثاني فهو: «التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد»، كما سلف بيانه في تعريف التعليق والتقييد.

وقالوا: «إنَّ الشرط التعليقي هو ما علق عليه أصل الفعل، والشرط التقييدي هو ما جزم فيه بأصل الفعل وشرط فيه أمر آخر. (ر: حاشية الحموي على «الأشباه» الفن الثالث ٢/ ٢٢٥ نقلاً عن قواعد الزركشي).

المضاف مؤخَّر الظهور، فلا يبدأ إلا في المستقبل المعيَّن؛ وتشبه التقييد من وجه آخر، لأنَّ الزمن المضاف إليه محقق القدوم، وليس على خطر الوجود والعدم كما في الشرط المعلَّق عليه.

ولكن شبهها بالتقييد أقوى لأنَّ المؤخَّر فيها ليس هو أصل العقد كما في التعليق، بل حكمه فقط.

١٠/٤٣ ـ وعن هذا كان **مقتضى الإضافة** في نظر الفقهاء أنَّ العقدَ المضاف ينعقد في الحال سبباً للحكم المستقبل، فهو عقد قائم بين الطرفين منذ إنشاء الإضافة كما في حالة التقييد، وليس معدوماً للحال كما في التعليق.

وبناء على ذلك قرروا في العتق أنَّ مَنْ أضاف عتق عبده إضافةً إلى المستقبل، بأن قال له مثلاً: «أنت حر غداً»، لم يعد يملك بيعه رغم بقائه رقيقاً قبل الغد، لأنه قد انعقد له سبب الحرية بهذه الإضافة. فيعتبر الإعتاق موجوداً، ولكن ظهور حكمه مؤخَّر تأخيراً إلى أجل مسمى. بخلاف ما لو علَّق عتقه تعليقاً بأن قال له مثلاً: «إن عاد ابني من سفره سالماً فأنت حر»، فإنه رغم صحة التعليق لا يعتبر سبباً منعقداً للعتق في الحال، بل يملك المولى بيعه قبل عودة ابنه، لأنَّ المعلَّق بالشرط هو عدم قبل وجود الشرط[١].

١١/٤٣ ـ يتَّضح مما تقدم أنه في حالة التعليق إذا وجد الشرط المعلَّق عليه فإنما يثبت الحكم المعلق **مقتصراً لا مستنداً**، أي إنما يعتبر موجوداً عند وجود الشرط لا منذ التعليق؛ إذ لو اعتبر له بعد تحقق الشرط

---

(١) مثل ذلك لو صيغت الإضافة بطريق التعليق على الزمن المستقبل كما لو قال المولى في المثال المذكور: «إذا جاء غد فأنت حر»، فإنه يملك بيعه قبل حلول الغد، لأنَّ الإضافة عندئذ تصبح تعليقاً يربط فيه أصل العقد بمجيء الزمن المستقبل (ر: ف ٤٦/ ٢٠).

استناد إلى تاريخ التعليق، أي أثر رجعي، للزم ذلك تقدم العقد المشروط على شرطه، وهو خلاف المعقول.

فلو علّق إنسان الوكالة مثلاً بقوله لشخص آخر: متى تسلّمت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها، فباعها المخاطب قبل تسليمها ثم تسلمها ربها، لا ينفذ عليه البيع، لأنَّ وكالة ذلك الشخص إنما تثبت منذ تسلّم البضاعة، فقبل ذلك يكون فضولياً في بيعه.

المطلب الثالث: قابليات أنواع العقود لأنواع الشروط

١٢/٤٣ ـ ليست جميع أنواع العقود والتصرُّفات القولية في نظر جمهور الفقهاء قابلة لكل نوع من هذه الشروط العقدية الثلاثة: التعليق، والتقييد، والإضافة.

فمن العقود والتصرُّفات القولية ما يقبل هذه الشروط جميعاً، فيصح تعليقه وتقييده وإضافته؛ ومنها ما يقبل بعضها دون بعض.

والمذاهب الاجتهادية على اختلاف في هذه القابليات؛ وإنَّ أوسعها هو الاجتهاد الحنبلي كما تقدم.

وسنوجز فيما يلي قواعد الاجتهاد الحنفي في ذلك، وهو حد وسط بالنسبة إلى بقية الاجتهادات.

١٣/٤٣ ـ فنظر الاجتهاد الحنفي في قابلية العقود للشروط يمكن تلخيصه في القواعد التالية:

يقسّم فقهاء الحنفية العقود وسائر التصرُّفات القولية الإنشائية في هذا المقام بحسب ماهيتها وقابلياتها الشرطية، إلى الأقسام الثمانية التالية:

١ ـ **المعاوضات المالية**: كالبيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والإجارة.

٢ ـ **النكاح**: ويصفونه بأنه: معاوضة غير مالية. والأفضل أن يعد نوعاً مستقلاً.

٣ ـ **التبرعات:** أي التمليك بلا عوض كالهبة والصدقة، والوصية والوقف. **ويدخل فيها الإبراء عن الدَّين، لمعنى التبرع فيه**، وإن كان في صورة إسقاط. فهو إسقاط غير محض، بل فيه معنى التمليك.

٤ ـ **الإطلاقات:** كالوكالة، والإذن بالتجارة للصغير المميِّز[1]، من قبل وليه، فإن فيهما إطلاق سلطة تصرفية للوكيل والصغير كانا محجورين عنها.

٥ ـ **الولايات:** كتعيين الحكام والعمال وسائر الموظفين من فروع السلطة الإدارية.

٦ ـ **التقييدات:** كعزل الوكيل والموظف، وحجر المأذون[2].

٧ ـ **الالتزامات:** كالكفالة بأنواعها.

٨ ـ **الإسقاطات المحضة:** كالطلاق، والإعتاق، وإسقاط الشفعة.

٤٣/ ١٤ ـ وبناءً على ذلك يقررون في قابلية هذه العقود والتصرُّفات للشروط التفصيل التالي:

١ ـ المعاوضات المالية، والتبرُّعات، والنكاح، لا تقبل التعليق ولا الإضافة مطلقاً، بل يجب أن تعقد منجزة. فإذا علقت على شرط أو أضيفت إلى زمن مستقبل بطلت، حتى لو وجد الشرط المعلَّق عليه، أو جاء الزمن المضاف إليه، لا ينعقد العقد.

فلو قال لآخر: «إذا ولدت فرسي هذه فقد بعتكها بكذا» أو «وهبتكها»، أو قال لامرأة بحضرة شهود: «تزوجتك اعتباراً من أول الشهر القادم»، وتمَّ القبول، لا تصبح الفرس مبيعة أو موهوبة إذا ولدت، ولا المرأة زوجة إذا حلَّ الشهر المضاف إليه.

ولكن يستثنى من ذلك **الوصية، والإجارة، والإعارة:**

(١)(٢) ويسمى هذا الصغير عندئذ: مأذوناً. ويجوز لوليه الآذن حجره بعد الإذن. وسيأتي تفصيل أحكام المأذون وحجره في نظرية الأهلية والولاية (ف ٦٢/ ١١ ـ ١٧).

أ ـ فالوصية، والوقف، يقبلان التعليق على الموت، والإضافة إلى ما بعده تسهيلاً لأعمال الخيرات والمبرات، وتشجيعاً عليها.

ب ـ والإجارة، والإعارة، يقبلان الإضافة إلى المستقبل دون التعليق؛ لأنَّ معنى الإضافة موجود في طبيعتهما لكونهما عقوداً زمنية (بمعنىٰ أن الزمن المستقبل هو عنصر أساسي في تنفيذها)، إذ لو كانت الإجارة والإعارة منجزتين تعتبران في قوة عقود مضافة متجدِّدة مع آناء الزمن المستقبل، لورودهما على المنافع المستقبلة المتجددة، كما سنرى في بحث تصنيف العقود. (الصنف/ ١١).

٢ ـ الإطلاقات، والولايات، والتقييدات، والالتزامات، تقبل التعليق **بالشرط الملائم** دون غير الملائم. وتقبل أيضاً التقييد بالشرط، والإضافة إلى المستقبل.

والشرط التعليقي الملائم هو الذي يكون بينه وبين الأمر المعلَّق عليه مناسبة تستدعي ترتيبه عليه.

فلو قال الإنسان لغيره: إذا وصلت بضاعتي الفلانية فقد وكلتك ببيعها، أو إذا سافر مدينك فأنا كفيله، صحَّ التعليق ويصبح المخاطب وكيلاً، والقائل كفيلاً عند تحقق الشرط المعلَّق عليه، من وصول البضاعة، أو سفر المدين.

أما لو قال مثلاً: إن هبت الريح، أو إن نزل المطر، فأنت وكيلي، لا يصح التعليق لعدم ملاءمة الشرط.

٣ ـ الإسقاطات المحضة تقبل التعليق بالشرط مطلقاً، ملائماً كان أو غير ملائم، كما تقبل أيضاً الإضافة إلى المستقبل.

٤ ـ المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة ونحوهما، **تقبل التقيد**

بالشرط التقييدي الصحيح، ويلزم الوفاء بما أوجبه الشرط من التزامات[١].

٥ ـ أما فسخ العقود فإن الظاهر من عبارات الفقهاء أنَّ فسخ كل عقد يعتبر كأصل عقده في قابليته لهذه الشروط من تعليق وتقييد وإضافة. فقد صرَّحوا بأن فسخ البيع والإجارة يقبل من الشروط ما يقبله عقدهما (ر: الدرر ٢/ ٢٠٢).

ويظهر لنا أنَّ هذا نظر فقهي عام في فسخ كل عقد، وليس خاصاً بفسخ البيع والإجارة[٢].

١٥/٤٣ ـ هذه خلاصة عن تأثير الشروط في أنواع العقود والتصرُّفات في الاجتهاد الحنفي، أوجزناها إيجازاً لأنها لم يبق لها قيمة عملية لدينا، فإنَّ الأحكام القانونية في قانوننا المدني، وقبله المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السابق لدينا، تقتضي صحة التعليق والتقييد والإضافة في جميع التصرُّفات والعقود.

وهذا التعميم القانوني موافق لآراء ومذاهب اجتهادية في الفقه الإسلامي، كما في المذهب الحنبلي على ما سبق بيانه (ر: ف ٤٢/ ٤ وما بعدها).

---

(١) تقدَّم بيان **الشرط التقييدي الصحيح** في نظر الاجتهاد الحنفي، وهو الشرط الذي ورد به الشرع كاشتراط الخيار في البيع، أو جرى عليه عرف، أو كان ملائماً للعقد كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل، فإن في هذا الشرط استيثاقاً بالتزامات العقد، والعقد يلائمه الاستيثاق (ر: ف ٤٢/ ٣).

وسيأتي في **نظرية العرف** مزيد بسط لتأثير العرف في تصحيح الشروط فلينظر (ف ٧٣/ ٤ ـ ١٠).

(٢) يرجع فيما حررناه من قابلية العقود للشروط في الاجتهاد الحنفي إلى رد المحتار، والدرر شرح الغرر، والبحر الرائق، وغيرها من كتب المذهب الحنفي في باب (ما يفسد بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط) من كتاب البيوع، ويلحظ الناظر في هذا الباب أن نظرية الفقهاء فيه مضطربة.

الفصل الرابع والأربعون

سلطان الإرادة العقدية في الفقه الأجنبي

المطلب الأول: أصل النظرية وتطورها

١/٤٤ ـ إنَّ المبدأ القانوني الذي استقر أخيراً في الفقه الأجنبي الحديث بأوروبة حول سلطان الإرادة العقدية يتلخص بما يلي:

«إن السلطان الأصلي في إنشاء العقد وفي تحديد التزاماته إنما هو لإرادة العاقدَين، ولكن في حدود معيَّنة يحددها التشريع وفقاً للمصالح الفردية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية».

وقد ظلت الإرادة العقدية في أوروبة شلاًء مغلولة بالشكليات والقيود الضيقة طوال العصور القديمة، وقروناً عديدة من العصور الوسطى، حتى بدأت تتحرر شيئاً فشيئاً، ويقوم لها سلطان بالتدريج أواخر العصور الوسطى.

ثم كان في العصور الأخيرة لمبدأ سلطان الإرادة بكامل نواحيه سيادة في الأفكار الاجتماعية والتشريعية، وخاصة في عصر الثورة الفرنسية الذي كان متأثَّراً بفلسفة خاصة ثورية على سائر الأوضاع الاجتماعية، وتفشَّت فيه نظرية **«العقد الاجتماعي»** الوهمية التي نادى بها «روسو» إذ ذاك، حتى أصبح العصر مشبعاً بروح الحرية الفردية، واستقلال إرادة الفرد، واعتبارها مصدراً لكل نواحي الحياة الاجتماعية. وكان ذلك هبوباً واندفاعاً للخروج من وطأة العصور المظلمة في أوروبة.

فهذه الأفكار في الحرية المتطرِّفة قد تمخضت عن نظرية قانونية في

مبدأ سلطان الإِرادة تقوم على أساس أنَّ الإرادة المجرَّدة للشخص هي المصدر الوحيد لكل الحقوق والواجبات: فإليها ترجع، وبها تحدَّد وتفسَّر جميع الالتزامات العقدية وغيرها، حتى الالتزامات التي مصدرها القانون في شؤون الأسرة والمصالح العامة، لأنَّ الفرد يعتبر قد **قبل هذه الالتزامات باختياره** حينما ضوى[١] طوعاً إلى مجتمع قانوني يفرض على أفراده واجبات وتبعات.

ومن فروع ذلك أنَّ إرادة العاقدَيْن المحضة هي التي توجد العقد دون توقف على شيء آخر، وهي التي يجب أن تحدِّد آثاره وأحكامه.

٤٤/ ٢ ـ ثم هوجمت هذه النظرية بردود قوية متينة فندتها تفنيداً على أيدي رجال المذهب الاشتراكي، ورجال مذهب التضامن الاجتماعي، وغيرهما من المذاهب المناهضة لمذهب «**الفردية**» المتطرِّف. فنكص على عقبيه مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية بين رجال المذاهب الاجتماعية والحقوقية؛ ولا سيما أنَّ نظرية سلطان الإرادة المطلق تحول دون تقرير مبدأ مسؤولية الطفل والمجنون، ومبدأ المسؤولية المادية[٢]، مما اتجهت القوانين الحديثة إلى اعتباره ناحية أساسية في نظام العدالة.

---

(١) يقال ضوى يضوي **ضُوِيّاً** (بضم الضاد في المصدر وكسر الواو وتشديد الياء) وزان «**مضى يمضي مُضِيّاً**» إذا انضم إلى جماعة أو مكان ملتجئاً (ر: القاموس المحيط).

(٢) نظرية **المسؤولية المادية** responsabilité objective تجعل الإنسان مسؤولاً عن كل ضرر لغيره ينشأ مما في ملكه أو تحت حراسته من الأشياء، ولو لم يكن عن خطأ منه أو تقصير.

وهي نظرية حديثة تحدوها عوامل اشتراكية غلا فيها أصحابها لحماية العمال من أخطار المعامل الآلية العصرية. وقد جاءت معاكسة لنظرية **المسؤولية الشخصية** respon. subjective التي بنيت عليها المادة /١٣٨٢/ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، وهي تشترط لمسؤولية المالك أو الحارس ثبوت الخطأ أو التقصير منه.

والقوانين الحديثة تتجه إلى الأخذ بنظرية المسؤولية المادية في نطاق محدود كتشريع العمل، وبقيود تحفظية.

(كولان وكابيتان ج ٢ ف /٢٨٩/ و /٣٧٠/، و «**الموجز في نظرية الالتزامات**» للأستاذ السنهوري /٣٧٣ ـ ٣٧٥/، و «**القانون المدني المقارن**» للأستاذ محسن شفيق ص١٢٤ ـ ١٢٧).

ثم ما لبث مبدأ سلطان الإرادة أن استعاد اعتباره على أُسس جديدة.

وهكذا تردَّد مبدأ سلطان الإِرادة بين جزر ومد، وأخذ ورد، وانتكاس وانتعاش، حتى استقرَّ أخيراً على تلك النظرية المعتدلة التي رسمناها آنفاً في صدر الكلام.

٤٤/٣ ـ وكانت المادتان /١١٣٤ و ١١٣٥/ من القانون المدني الفرنسي متمسكاً قانونياً للجميع:

ـ وقد تمسَّك فريق المتطرفين في مبدأ سلطان الإِرادة بأولاهما التي تنصُّ على أنَّ العقد هو **قانون** في حق المتعاقدين.

ـ وتمسَّك الفريق الآخر بعد ذلك بالمادة التالية التي تصرِّح بأن إلزام المتعاقدين بما تضمنه عقدهما مقيَّدٌ بما تقتضيه العدالة والعرف، وبما يقرره القانون من أحكام، وفقاً لطبيعة الالتزام.

فلا مجال إذن للقول بأنَّ إرادة المتعاقدين وحدها هي التي تنشىء الالتزامات وتحدِّد آثارها، بل يجب أن تخضع لحدود يتولى الشارع تعيينها.

٤٤/٤ ـ وهذه الحدود والقيود التي يقيِّد بها التشريع مبدأ سلطان الإرادة تختلف باختلاف أنواع الحقوق والعقود، وموضوعاتها:

أ ـ ففي الحقوق العامة والالتزامات الناشئة عنها لا سلطان لإرادة الملتزم أصلاً، بل للقانون وحده.

ب ـ وفي عقد الزواج ونتائجه ينحصر سلطان إرادة العاقدين في أصل العقد، أي في قَبول التعاقد أو رفضه بمحض حريتهما.

أما القيود الشكلية في عقد الزواج، وكذا آثاره والتزاماته بين الزوجين، فيرتبها القانون على وفق ما يقتضيه تنظيم شؤون الأسرة والمصالح الاجتماعية التي مرجع تقديرها إلى الشارع.

ج ـ وفي الحقوق العينية العقارية يتَّسع مجال سلطان إرادة العاقدين

في آثار العقد. أما تكوينه فيخضع لمراسم شكلية في التسجيل يفرضها القانون، لارتباطها بسياسة التشريع في تنظيم الملكية العقارية، وفي الضرائب الحكومية عليها، وغير ذلك من الاعتبارات.

د ـ أما الحقوق الشخصيّة والالتزامات فهي الميدان الأوسع لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ضمن حدود **الآداب العامة، والنظام العام، والنصوص القانونية الخاصة** عندما تكون آمرة بحكم إلزامي. فلا يصح مثلاً عقد الاستئجار على ارتكاب جريمة، أو على فعل ما ينافي الآداب الاجتماعية.

ـ ففي هذا الميدان وهذه الحدود يعقد الإنسان ما يشاء من العقود، ويحدِّد آثار عقده بإرادته المحضة.

ـ وللعاقدين أن يخالفا باتفاقهما ما رتَّبه القانون **من أحكام العقود المسماة**، لأنَّ الأصل فيها أنها غير إلزامية، وإنما يفرضها القانون عند عدم الاتفاق على خلافها إلا ما كان من **النصوص الآمرة** التي ينصُّ القانون أو يقوم فيه دليل على عدم جواز اتفاق المتعاقدين على خلافها[1].

ـ وفي نطاق هذه المجموعة من القيود والحدود التشريعية يطبق المبدأ القانوني العام القائل: **إنَّ العقد قانون المتعاقدين**؛ أي إنَّ العقد يلزم عاقديه في كل ما اتفقا عليه، كما يلزم القانون سائر الناس. (ر: «نظرية العقد» للأستاذ العلاَّمة السنهوري، ف/ ٩٤ ـ ١١٣).

---

(١) مثال ذلك أنَّ القانون المدني الجديد لدينا في بحث ضمان العيب من عقد البيع يجيز للطرفين أن يتفقا على عدم ضمان البائع للعيوب الخفية إذا ظهر منها شيء في المبيع، فيكون المشتري حينئذ مشترياً على مسؤوليته. فضمان العيب حكم مقرر قانونياً على كل بائع ما لم يتفق الطرفان على خلافه. لكن القانون ينص أيضاً على أنَّ الاتفاق على خلافه إنما هو جائز إذا كان البائع حسن النية. أما إذا كان البائع سيىء النية بأن دلَّس العيب على المشتري تدليساً (أي كتمه عنه وهو عالم به) فإن اشتراطه عدم ضمان العيب يكون باطلاً، ويبقى البائع خاضعاً للضمان القانوني، كي لا يتخذ هذا الشرط ذريعة للاحتيال والغش (ر: ق م ٤١٣ و ٤٢١) وانظر أيضاً ما تقدم في بحث عيوب الرضا (ف ٣٥/٥).

هذه خلاصة موجزة جداً عن مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الأوروبي في مراحله التاريخية، وما استقرَّ عليه المبدأ أخيراً في الفقه القانوني والتشريع الوضعي الحديث.

ومما تقدَّم بيانه يرى أنَّ ما استقر عليه مبدأ سلطان الإرادة في نهاية تطوافه في الحقوق الحديثة هو الأسس التي قام عليها اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والقاضي شُريح، وابن شبرمة، والاجتهاد الحنبلي، وما جرى هذا المجرى من الاجتهادات في الفقه الإسلامي، مما سَلَف بيانه في البحث السابق.

المطلب الثاني:

الشروط العقدية في الفقه الأجنبي

تعريف الشرط قانوناً، وتقسيمه ـ الشرط الموقف، والشرط الفاسخ ـ نقد النظرية الأجنبية في تقسيم الشروط

٤٤/ ٥ ـ تعريف الشرط قانوناً:

إنَّ علماء القانون في الفقه الأجنبي لهم في الشروط العقدية تقسيم آخر غير ما أوضحناه في الفقه الإسلامي.

فهم يعرِّفون الشرط بأنه: **ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل.**

ومعنى كونه محتملاً أنه غير مؤكد الحصول في المستقبل ولا ممتنع.

وهذا ـ كما ترى ـ هو الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الإسلامي (ر: ف ٤٣/ ٣ ـ ٤٣/ ٥).

٤٤/ ٦ ـ تقسيم الشرط قانوناً:

ثم هم يقسمون هذا الشرط إلى نوعين أساسيين تتفرَّع منهما صور فرعية، وهما:

١ ـ **الشرط الموقِف**: condition suspensive وهو الذي يعلِّق نشوء الالتزام، ويجعله متوقّفاً على أمر مستقبل محتمل؛ مثل قول الموظف: آجرتك داري هذه سنة بكذا إن نقلت وظيفتي إلى بلد آخر. فتكون الإجارة بين الطرفين معدومة قبل وقوع شرط النقل.

٢ ـ والشرط **الفاسخ**: condition résolutoire وهو الذي يرتّب على وقوعه زوال الالتزام القائم؛ مثل: استأجرت دارك على شرط أنني إذا نقلت وظيفتي إلى بلد آخر انفسخت الإجارة. فتكون الإجارة قائمة بين الطرفين، ولكنها تفسخ بوقوع النقل.

والفارقُ الأساسي عندهم بين النوعين في الحكم هو أنَّ الالتزام في الشرط الموقف معدوم محتمل الوجود؛ وفي الشرط الفاسخ موجود محتمَل الزوال.

ويتفرَّع عن ذلك تفاصيل مبسوطة في مظانها من الكتب القانونية الفرنسية وما نقله عنها علماء القانون المصريون[1].

(ر: «دالوز precis de droit civil» ج ٢ ف / ٤١٥ ـ ٤٢٦، و «الموجز في نظرية الالتزامات» للأستاذ العلامة السنهوري ف/ ٣٦٦ ـ ٤٨٠).

٧/٤٤ ـ نقد النظرية الأجنبية في الشروط:

إنَّ شرّاح نظرية الالتزامات في الفقه الأجنبي لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط كما ميَّز فقهاؤنا ذلك التمييز الدقيق المستند إلى

---

(١) ترجم علماء القانون المصريون كلمة: La condition suspensive في القانون الفرنسي **بالشرط الواقف**. وعلى ذلك درج الاصطلاح القضائي في مصر غير أني أرجح هنا أن يقال: شرط **«موقِف»** كما يسميه بعضهم **«اشتقاقاً من (أَوقف)** بزيادة الهمزة ولو أنه خلاف الفصيح لغة في هذه المادة، إذ الفصيح فيها الثلاثي المجرد (ر: المصباح والقاموس)؛ وذلك كيلا يشتبه على الطالب اسم **«الشرط الواقف»** باسم **«شرط الواقف»** المستعمل لمعنى آخر بعيد عن هذا الموضوع في أحكام الأوقاف، وإن كان التركيب الأول وصفياً والثاني **إضافياً**.

اختلاف ماهية هذين النوعين من الشروط على ما سبق بيانه، بل خلط علماء القانون بينهما.

وأما تقسيمهم الشرط إلى نوعين: **موقف، وفاسخ**، فليس في الحقيقة تقسيماً للشرط نفسه إلى نوعين، بل هو تقسيم للأمر المشروط: فإن كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم موقفاً؛ وإن كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخاً. فالشرط في كلا الحالين نوع واحد من قبيل التعليق؛ ولكن تعليق نشوء الالتزام يقتضي عدم وجود الالتزام بين الطرفين قبل تحقق شرطه المعلَّق عليه؛ وتعليق زوال الالتزام يقتضي قيام الالتزام واستمراره بينهما إلى حين وجود ما يفسخه.

وهذا ما أوهمهم انقسام الشرط نفسه إلى نوعين مختلفي النتائج، بينما اختلاف النتائج ناشىء من اختلاف نوع الأمر المشروط: هل هو نشوء الالتزام أو هو زواله، لا من اختلاف في طبيعة الشرط ونوعيته.

ومما يلحظ عليهم أيضاً من حيث الترتيب أنهم لا يبحثون عن الشرط في ضمن نظرية العقد من مصادر الالتزام، بل يبحثون عنه في فصل على حدة، كما لو كان الشرط حالة مستقلة من الأحوال العامة للالتزام نفسه، بينما أنَّ الشرط عنصر عقدي ولا يتصور له وجود إلا تبعاً لعقد. فمحله الخاص المناسب إنما هو في نظرية العقد. وعلى هذا جرى القانون المدني الألماني حيث تكلَّم عن أحكام الشرط في بحث التصرُّف القانوني (أي العقد وتصرف الإرادة المنفردة) خلافاً للترتيب المألوف في نظرية الالتزام العامة في القانون.

الفصل الخامس والأربعون

انحلال العقد

١/٤٥ ـ يراد من انحلال العقد زوال الرابطة الحقوقية التي ربطت المتعاقدَين بموضوع العقد. فالانحلال لا يكون إلا بعد سبق الانعقاد.

ومن هنا يتجلى الفرق بين انحلال العقد وبطلانه. فإنَّ البطلان هو الحالة التي كان للعقد فيها وجود حسي فقط، دون أن يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشرع، أي إنَّ العقد في حالة البطلان غير منعقد من أصله، كمولود يولد ميتاً.

أما الانحلال فهو الحالة التي نواجه فيها عقداً منعقداً منتجاً لآثاره بين طرفيه، ولكنه بعد الوجود يزول وينعدم بسبب غير إرادي، أو بسبب إرادي. فهو كشخص حي تطرأ عليه الوفاة.

فإذا أزيل العقد إزالة بسبب إرادي مما سيأتي بيانه قريباً سمي ذلك: **فسخاً**.

وإذا زال العقد بسبب طارىء غير إرادي سمي ذلك: **انفساخاً**.

٢/٤٥ ـ (أولاً): الفسخ:

الفسخ هو حل رابطة العقد (الأشباه أول أحكام الفسوخ ٢/ ١٩٥).

والنظرية العامة فيه تستمد حق الفسخ من فكرة اللزوم:

أ ـ فالعقود اللازمة بحق الطرفين، كالبيع، والإجارة، والصلح، فسخها كعقدها لا يكون إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين، كما سنرى في تصنيف العقود. وعندئذ يسمى الفسخ **إقالة**.

وهذه الإقالة لها في النظر الفقهي اعتباران:

ـ فتعتبر بالنسبة إلى العاقدَين المتقايلين فسخاً محضاً ينحل به العقد المُقَال، ويرجع بالعاقدين إلى حالتهما الأولى قبل العقد.

ـ وتعتبر بالنسبة إلى غير العاقدين (الشخص الثالث) كعقد جديد، صيانة لحقوقه المكتسبة من تآمر العاقدين على هدمها بالإقالة.

فالعقار الذي بيع وثبت فيه حق الشفعة للشفيع، إذا تقايل المتبايعان فيه البيع وأعيد إلى ملكية البائع يعتبر ذلك البائع مشترياً جديداً بالإقالة، فيثبت للشفيع شفعة جديدة.

وكذا المشتري إذا باع المبيع ثم تقايل مع المشتري الثاني واسترد المبيع، فاطلع على عيب قديم فيه، فليس له الرد على البائع الأول بالعيب، لأنَّ الإقالة كشراء جديد في حق البائع الأول. وإنَّ من المقرر في أحكام تدليس العيب أنَّ المبيع بعد خروجه من ملك مشتريه إذا عاد إليه بشراء جديد لا يرده بالعيب القديم على بائعه، لأنَّ تبدل سبب الملك يعتبر كتبدل عين الشيء المملوك، فيستلزم تطهير الشيء من الحقوق السابقة. (ر: ف ٨١/٧٦ والمجلة/٩٨).

وهذه قاعدة اتفق فيها النظر القانوني الحديث مع الفقه الإسلامي.

وكل عقد يقبل الإقالة **سوى عقد الزواج**.

هذا، وإنَّ للإقالة شرائط شرعية مبسوطة في بابها من كتب الفقه[١].

ب ـ وأما العقود غير اللازمة بحق كلٍّ من الطرفين، كالشركة والوكالة، فإنها تفسخ بإرادة كل منهما ما لم يتعلَّق ببقائها حق للغير، كالوكالة ببيع المرهون على ما تقدم بيانه. (ف ٤٠/٦).

---

(١) يذكر الفقهاء الإقالة غالباً في باب فرعي من كتاب البيوع باعتبار أنَّ أغلب ما تقع الإقالة في البيع. ولكن المناسب أن يعقد لها كتاب مستقل آخر العقود، لما بينا أنها يمكن أن تقع في كل عقد سوى الزواج.

ج ـ والعقد اللازم بحق طرف دون طرف، كالرهن، يفسخ بإرادة من ليس لازماً بحقه، وهو الدائن المرتهن.

ومثل ذلك يقال في العقود اللازمة في الأصل بحق الطرفين، إذا طَرَأَ عليها من عيوب الرضا ما يسلخ عنها صفة اللزوم في حق أحد الطرفين، كما في خيار العيب وغيره من الخيارات، مما سَلَف بيانه، فإنها تفسخ بإرادة الطرف الذي شيبت إرادته، وعيب رضاه[1]. (ر: ف ٤٠/٦ ـ ٤٠/٩).

د ـ وتصرُّفات الإرادة المنفردة **إذا كانت غير لازمة** تفسخ بإرادة منشئها؛ كالوصية لجهة خيرية، فإنها تفسخ بإرادة الموصي نفسه[2].

٤٥/٣ ـ (ثانياً): الانفساخ:

ينفسخ كل عقد من نفسه إذا استحال تنفيذه: وينفسخ العقد المستمر[3] إذا فقد ما يعتمد عليه بقاؤه:

أ ـ فينفسخ البيع بهلاك المبيع قبل تسليمه لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله.

أما موت البائع قبل التسليم فلا ينفسخ به البيع، بل يصبح الوارث

(١) علماء القانون يميزون في تسمية زوال العقد بين حالتين:

أ ـ حالة أحد عيوب الرضا عند تكوين العقد. وهنا يسمون إزالة العقد بإرادة من عيب رضاه: **«إبطالاً»** ويصفون العقد في هذه الحالة بأنه **قابل للإبطال**.

ب ـ حالة وجود سبب طارىء يتعلّق بتنفيذ العقد لا بتكوينه: وهنا يسمون الإزالة **«فسخاً، أو انفساخاً»** بحسب الأحوال. وهو اصطلاح حسن.

(٢) أما اللازمة كالوقف والطلاق فلا تفسخ فسخاً، وإنما تكون خاضعة لقواعد البطلان.

(٣) سنرى في بحث تصنيف العقود (الصنف/١١) أنّ العقد المستمر هو الذي يستغرق تنفيذه مدة ممتدة من الزمن كالإجارة والإعارة، فإنّ استيفاء المنافع المعقود عليها فيهما يكون تدريجياً، فيكون العقد المستمر بمثابة عقود متجددة مع الزمن.

ويقابله **العقد الفوري**، وهو الذي لا يحتاج تنفيذه إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذه دفعة واحدة كالبيع، والصلح.

مسؤولاً بالتسليم ما دام المبيع قائماً في التركة، لأنَّ العقد الفوري كالبيع ونحوه، تثبت جميع آثاره جملة واحدة بمجرد انعقاده، فبقاء العاقد بعد ذلك وموته سواء.

ب ـ وتنفسخ الشركة والمضارَبة[1] والمزارَعة والمساقاة بموت أحد العاقدَيْن، لأنَّ هذه العقود تنشىء التزامات عملية ذات آثار متجددة فيها انسحاب واستمرار يعتمد بقاؤه بقاء العاقد علاوة على بقاء المحل.

والإجارة على الراجح في الاجتهاد الحنفي كذلك تنفسخ بموت أحد العاقدين.

وقوانينا اليوم على عدم انفساخ الإجارة بالموت، وهو الاجتهاد الشافعي؛ والمصلحة اليوم تقتضيه.

٤٥/ ٤ ـ نتيجة انحلال العقد، والاستناد والاقتصار فيه[2]:

والمبدأ العام في نتائج انحلال العقد فسخاً أو انفساخاً أنه **يوجب إعادة العاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد.**

---

(١) انظر في معنى المضاربة (ف ٤٦/ ١٤).

(٢) في الاصطلاح القانوني الشائع اليوم في عصرنا يسمى انسحاب الأحكام على الماضي: **أثراً رجعياً**. ويستعمل هذا التعبير في رجعية أحكام القوانين نفسها كما في آثار العقود على السواء. فيقال: **هذا القانون له أثر رجعي، وذاك ليس له**، كما يقال: إنَّ بيع ملك الغير بدون إذنه إذا أجازه المالك يكون لإجازته أثر رجعي، فيعتبر حكم العقد سارياً منذ انعقاده لا منذ إجازته.

وليس في لغة القانون اسم لعدم الأثر الرجعي.

أما الفقه الإسلامي الغني بلغته واصطلاحاته التي تتجلى فيها عبقرية فقهائه خلال العصور فيسمي عدم رجعية الآثار **«اقتصاراً»**، بمعنى أنَّ الحكم يثبت مقتصراً على الحال لا منسحباً على الماضي. ويسمى رجعية الأثر: **«استناداً»**، وهو اصطلاح المذهب الحنفي. ويسميه المالكية: **انعطافاً**.

وقانوننا المدني الجديد قد اقتبس واضعو أصله المصري هذا الاصطلاح من الفقه الإسلامي، فاستعملوا فيه لفظ الاستناد بمعنى الأثر الرجعي.

ويقول ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه (الأشباه والنظائر): **«أنَّ الفسخ يجعل العقد كأنه لم يكن»**.

فإذا كان العقد من عقود المعاوضة المالية كبيع أو صلح أو قسمة مثلاً وتمَّ تنفيذه، ثم انحل العقد بأحد الأسباب الآتي بيانها، وجب التراد أي نقض التنفيذ الواقع، فعلى البائع إعادة الثمن إلى المشتري، وعلى المشتري إعادة المبيع إلى البائع. ومثل ذلك يقال في بقية العقود.

فإذا لم يمكن نقض التنفيذ مطلقاً، لا كلياً ولا جزئياً، فيما تم تنفيذه من آثار العقد امتنع الفسخ. وإن أمكن النقض والتراد عيناً في جزء من محل العقد دون آخر جاز الفسخ فيما يمكن فيه النقض والتراد دون ما لا يمكن.

وعلى هذا الأساس تتفرَّع حالات امتناع الفسخ وجوازه، وحالات الاستناد والاقتصار فيه:

أ ـ ففي العقود الفورية يشترط الفقهاء قيام محل العقد إذا كان عيناً لتمكن إقالته. فإذا كان المحل ـ كالمبيع مثلاً في عقد البيع ـ هالكاً أو مستهلكاً بعد التنفيذ لا تمكن إقالة البيع لعدم إمكان التراد.

وإذا كان بعضه هالكاً جازت الإقالة في الباقي فقط.

ب ـ وفي العقود الزمنية المستمرة إذا تمَّ تنفيذها تماماً لا يمكن فسخها، كالإجارة بعد استيفاء كامل المنافع وانقضاء مدة الإيجار، فإنها حينئذ لا تقبل الإقالة لأنَّ الترادَّ فيها غير ممكن، ما دام الزمن عنصراً فيها، والزمن لا يمكن رده.

ج ـ وأما العقود المستمرة قبل تمام تنفيذها، كالإجارة التي مضى من مدتها قسم وبقي قسم، فإنها تقبل الفسخ بالنسبة إلى ما بقي من مدتها دون ما مضى. فإنَّ ما مضى يجري على حكم العقد؛ ويكون للمؤجر حصة الزمن الماضي من الأجرة المتَّفق عليها.

٤٥/٥ ـ يتلخص مما تقدَّم أن انحلال العقد تكون نتيجته على أحد شكلين:

ـ فتارة يكون مستنداً، أي ذا أثر رجعي منسحب على الماضي، فيوجب التراجع فيما نفذ من التزامات العقد.

ففسخ البيع بعد تنفيذه يوجب التراد في المبيع والثمن.

وكذا انفساخه بهلاك المبيع قبل التسليم يوجب رد الثمن المقبوض لأنَّ الثمن فيه يصبح بلا مقابل.

ـ وتارة يكون الانحلال مقتصراً ليس له انعطاف وأثر رجعي، وإنما يسري حكمه على المستقبل فقط من تاريخ وقوعه. وذلك في العقود الاستمرارية كالشركة والإجارة. فالفسخ أو الانفساخ يقطعان تأثير هذه العقود بالنسبة إلى المستقبل. أما ما مضى فيكون على حكم العقد.

وكذا انحلال الوكالة بالعزل لا ينقض تصرفات الوكيل السابقة[١].

---

(١) هذا التفصيل الذي رسمناه في استناد أثر الفسخ واقتصاره هو الذي يعلم بالرجوع إلى أحكام كل عقد، إذ يتجلى منها: أنَّ بعض العقود يكون لفسخه استناد أو انعطاف، أي أثر رجعي منسحب على الماضي ينقض ما تم من أحكامه؛ وبعضها يكون فسخه مقتصراً.

وقد نقلنا آنفاً عن ابن نجيم في أحكام الفسوخ من كتابه **(الأشباه والنظائر)** أنَّ الفسخ **«يجعل العقد كأنه لم يكن»**. ونقل تفسير ذلك عن فريق من العلماء بأنه يجعل العقد كأنه لم يكن بالنسبة إلى المستقبل دون الماضي. فإنه لو اعتبر العقد بالفسخ معدوماً في الماضي لوجب أن يعتبر فسخه أيضاً معدوماً، إذ لا يتصور فسخ إلا لعقد موجود، فاعتبار عدم العقد في الماضي يستلزم عدم الفسخ الذي لحقه فيعود العقد!!

(ر: «الأشباه وحاشية الحموي»، ج ٢، الفن ٣، ص/١٩٥ ـ ١٩٦).

ولكن لا يخفى أنَّ الفقه إنما يبنى على المصالح وما تقتضيه دواعيها من الاعتبارات لا على مثل هذه التوليدات النظرية. وكثيراً ما تفك في بناء أحكامه اللوازم النظرية المجردة استناداً إلى ما توجبه مصلحة التطبيق.

وإن هذا الإشكال النظري، على كل حال، لا ينافي ما رسمناه من انسحاب حكم الفسخ في بعض العقود على الماضي من جهة متفق عليها، وهي وجوب التراد فيما تمَّ تنفيذه من التزامات العقد، كرد المبيع واسترداد الثمن. =

هذا، ونرى من المستحسن التمييز في تسمية انحلال العقد بين حالتي الاستناد والاقتصار، فيسمى الحل والانحلال في حالة الاستناد: **فسخاً وانفساخاً**، وفي حالة الاقتصار: **إنهاءً وانتهاءً**.

٤٥/٦ ـ حق العاقد في الفسخ عند تخلف العاقد الآخر عن التنفيذ:

إذا كان العقد ملزماً لجانبين كالبيع والإجارة والصلح وسائر عقود المعاوضات، ونَكَلَ أحد عاقديه أو تخلَّف عن تنفيذ التزامه الذي أوجبه عليه العقد، كما لو امتنع أو تخلَّف البائع عن تسليم المبيع، أو تخلَّف المشتري عن تسليم الثمن في حينه، فإنَّ معظم فقهاء الشريعة الإسلامية في المذهب الحنفي وغيره لا يعطون العاقد غير المتخلِّف حقاً في فسخ العقد ما دام يمكن إجبار المتخلِّف على تنفيذ التزامه عيناً بقوة القضاء لأنَّ مهمة القاضي هي إيصال ذوي الحقوق إلى حقوقهم فلا موجب للفسخ.

ولكن المبادىء والنظريات القانونية تعطي في هذه الحال العاقد غير المتخلِّف حقاً في طلب فسخ العقد بطريق القضاء إلى جانب حقه في طلب التنفيذ العيني. فهو بالخيار: إن شاء طَلَب من القاضي إجبار العاقد الآخر على التنفيذ، وإن شاء طَلَب فسخ العقد والتحلل من التزاماته ورد ما نفذه منها مع طلب تعويض الضرر الذي لحقه من جَرَّاء ذلك.

وحجة علماء القانون في ذلك أنَّ تنفيذ الالتزامات العقدية تختلف فيه مصالح العاقدين بحسب الوقت، فقد تفوت مصلحة العاقد في التنفيذ العيني المتأخِّر عن وقته، بسبب تخلّف العاقد الآخر أو امتناعه عن التنفيذ في حينه، فيجب أن يسوِّغ لرفيقه المتعاقد معه حق التحلل من الرابطة العقدية إذا وجد مصلحته في ذلك. ويتضمن ذلك معنى الجزاء بالنسبة للطرف المتخلِّف.

ونحن نرى أنَّ النظر القانوني وجيه؛ وأنَّ قواعد الشريعة ومبادئها الفقهية تتَّسع له وتتقبله، كما أنَّ بعض المذاهب الأربعة نفسها قد أقره في بعض العقود صراحة ولم ينفه في سواها.

أ ـ فمن حيث القواعد والمبادىء الفقهية يشهد لحق الفسخ، الحديث النبوي القائل: «لا ضرر ولا ضرار» (ر: ف ٢/١٠ ب و ١٨/٨١) فإنَّ تنفيذ العقد في غير حينه المتَّفق عليه بسبب تخلف أحد عاقديه أو تمرده عن التنفيذ قد يلحق ضرراً كبيراً بالعاقد الآخر، والضرر منفي بالنص، والقضاء لا يستطيع إعادة الزمن.

ب ـ وفي المذاهب يصرِّح فقهاء المذهب الحنبلي في عقد النكاح أنَّ المرأة إذا شرطت على الرجل في عقد الزواج شرطاً صحيحاً فلم ينفذه كان لها حق فسخ الزواج.

قال العلامة موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي في باب الشروط في النكاح من كتابه «المقنع» ما نصه:

«الشروط قسمان: شرط صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر، أو نقد معيَّن، أو أن لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو لا يتزوج عليها فهذا صحيح لازم، إن وفَّى به، وإلا فلها الفسخ».

فأنت ترى أنَّ معظم هذه الشروط يمكن أن يجبر القاضي الزوج على احترامها وتنفيذها، ومع ذلك أعطيت المرأة حق الفسخ.

وإذا صحَّ إعطاؤها لهذا السبب حق الفسخ في النكاح الذي هو أقل العقود قابلية للفسخ ـ ولذا لا تجري فيه الإقالة ـ ففي غير الزواج من العقود المالية المحضة يقبل الفقه هذا الحق بطريق الأولوية.

وجاء أيضاً في فصل الخيار السابع من كتاب البيع في «المقنع» لابن قدامة نفسه ما نصه:

«وإن كان الثمن ديناً أجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً. وإن كان ـ أي الثمن ـ غائباً بعيداً، أو كان المشتري معسراً، فللبائع الفسخ» إلخ...

وهناك أيضاً نصوص في المذهب المالكي يظهر منها للمتتبع أنَّ إعطاء

حق الفسخ لأحد العاقدَيْن عند تخلُّف العاقد الآخر عن تنفيذ التزامه في حينه إن لم تقبله بعض المذاهب ففي سواها وفي قواعد الشريعة الإسلامية متَّسَع له.

٤٥/٧ ـ الفرق بين انحلال العقد وانقضاء الالتزام:

رأينا في أول نظرية العقود أنَّ العقد أحد المصادر المنشِئَة للالتزام، وليس هو الالتزام نفسه، بل الالتزام أثر له (ر: ف ٢٧/٥).

ومن ذلك يتضح أن انقضاء الالتزام غير انحلال العقد. والفرق بينهما كالفرق بين زوال المؤثِّر وانتهاء الأثر. فتقابض المتبايعين في المبيع والثمن هو انقضاء للالتزام بتنفيذ العقد، وليس هو انحلالاً في العقد، وهكذا..

وإيضاحاً لذلك نقول:

إن انحلال العقد يجعل المتعاقدين في حِلٍّ من الرابطة التي كانت بينهما.

فهذا الانحلال يستلزم انقضاء الالتزامات التي كانت ناشئة بذلك العقد المنحل. ففسخ البيع مثلاً ينهي التزام المشتري بدفع الثمن، كما ينهي التزام البائع بتسليم المبيع. وهكذا كل عقد تنقضي بانحلاله الالتزامات الناشئة عن انعقاده.

بيد أن هذا الانقضاء للالتزامات السابقة المتولّدة من العقد قبل انحلاله لا يمنع نشوء التزامات جديدة تتولد من الانحلال:

فانفساخ البيع مثلاً إذا وقع بعد التقابض في العِوَضين يوجب وجيبة جديدة هي التراد. فيصبح البائع ملتزماً برد الثمن، والمشتري ملتزماً برد المبيع.

وانفساخ الإجارة بعد التقابض في المأجور والأجرة يوجب على المؤجر إعادة الأجرة المسلفة عن المدة الباقية من الإجارة، كما يوجب على

المستأجر إعادة المأجور إلى الآجر بعد استعادة باقي الأجرة؛ لأنَّ بقاء الوضع الحقوقي الناشىء بالعقد بين المتعاقدين قد أصبح بلا سبب شرعي بعد انفساخ العقد. فوجب إعادة العاقدين إلى حالهما السابقة قبل التعاقد.

٨/٤٥ ـ بناء على ما تقدم بيانه نقول: إنَّ انقضاء الالتزام يكون بأحد طريقين أساسيين ترجع إليهما جميع صوره، فهذا الانقضاء يحصل:

ـ إما بتنفيذ الالتزام، إذ يصل كل ذي حق إلى حقه.

ـ وإما بسقوط عهدة التنفيذ، لزوال ما أوجبها؛ كما في انحلال العقد بالنسبة إلى الالتزامات العقدية.

فكل انحلال في العقد تنقضي به التزاماته السابقة، ولا عكس: أي لا يلزم من انقضاء الالتزام انحلال العقد الذي أنشأه، إذ قد يكون الانقضاء بتنفيذ الالتزام الذي أوجبه العقد، لا بسقوط العقد الموجب كما تقدم.

التنفيذ الحقيقي والحكمي:

٩/٤٥ ـ هذا، وإنَّ التنفيذ الذي ينقضي به الالتزام قد يكون:

ـ إما **تنفيذاً حقيقياً**، كوفاء الدَّين، وكتقابض العوضين في عقد المعاوضة من بيع ونحوه.

ـ وإما **تنفيذاً حكمياً**، أي اعتبارياً؛ وذلك بحصول ما يقوم مقام التنفيذ شرعاً، كما في التقاص، واتحاد الذمة.

أ ـ فالتقاصُّ، أو المقاصَّة، (بتشديد الصاد فيهما)، هو أن يثبت للمدين على الدائن نظير ما للدائن عليه، فتمتنع المطالبة بينهما قضاءً لعدم فائدتها، إذ لو طولب أحدهما حق له أن يطالب هو الآخر بالمثل. فكأنما كل من الدينين قد قصَّ الآخر أي قطعه (ر: المصباح المنير).

ومن شرائطها أن يكون الدينان من جنس واحد، ومستحَقَّي الأداء في وقت واحد. فلو كان دين أحدهما دنانير ودين الآخر قمحاً مثلاً، أو كان

دين أحدهما حالاً ودين الآخر مؤجلاً، فلا تقاص بينهما.

ب ـ وأما اتحاد الذمة فهو اجتماع صفتي مدين ودائن في شخص واحد بدين واحد، كما لو مات الدائن وكان المدين هو الوارث له. فإنَّ المدين يرث فيما يرثه حق الدائن في ذمته، فيصبح دائناً لنفسه، فينقضي الدَّين باتحاد الذمة.

والفرق بين اتحاد الذمَّة والمقاصَّة أنَّ الدين في حالة اتحاد الذمَّة هو دين واحد، وقد اجتمعت صفة المدين والدائن به في شخص واحد. أما في المقاصَّة فدينان متناظران لشخصين كل منهما دائن ومدين.



الفصل السادس والأربعون

عرض إجمالي لموضوعات أهم العقود المسماة[1]

٤٦/ ١ ـ العقود المسماة، وغير المسماة:

العقود أنواع كثيرة يختلف بعضها عن بعض في الأسماء والأحكام باختلاف موضوعاتها.

والعقد، بعد أن تدعو إليه الحاجة ويشيع، يضع له الناس أو الشارع أو العلماء اسماً يميزه عن سواه.

ومن هنا انقسمت العقود إلى زمرتين:

ـ **العقود المسماة**، وهي التي أقرَّ التشريع لها أسماء وأحكاماً خاصة[2]. ويقال لها أيضاً: **عقود معيَّنة**.

ـ **والعقود غير المسماة**، وهي التي لم تسمَّ باسم خاص يميِّزها، أو لم يرتِّب لها التشريع أحكاماً خاصة بها.

٤٦/ ٢ ـ فأما العقود المسماة فالمشهور الأساسي منها في كتب الفقه خمسة وعشرون عقداً، تضمَّنت مجلة الأحكام العدلية ثمانية عشر عقداً منها. وتختلف المجلة في بعض ترتيبها عن كتب الفقه، كما تختلف الكتب الفقهية نفسها في ترتيبها.

---

(١) إنَّ عرضنا للعقود هنا هو على أساس المذهب الحنفي غالباً.

(٢) ولا يكفي لاعتبار العقد من العقود المسماة أن يكون له اسم إذا لم يقرر له التشريع أحكاماً خاصة به.

وهذه العقود المسماة، مما بحثت فيه المجلة أو لم تبحث، هي:

(١) البيع (٢) الإجارة (٣) الكفالة (٤) الحوالة (٥) الرهن (٦) بيع الوفاء (٧) الإيداع (٨) الإعارة (٩) الهبة (١٠) القسمة (١١) الشركة (١٢) المضاربة (١٣) المزارعة (١٤) المساقاة (١٥) الوكالة (١٦) الصلح (١٧) التحكيم (١٨) المخارجة (١٩) القرض (٢٠) العُمْرىٰ[1] (٢١) الموالاة (٢٢) الإقالة (٢٣) الزواج (٢٤) الوصية (٢٥) الإيصاء.

والذي ورد منها في المجلة هو العقود السبعة عشر الأولى وعقد الإقالة فقط. وأهملت المجلة البحث عن المخارجة والقرض إهمالاً، مع أنهما من عقود المعاملات التي تشملها غاية المجلة؛ أما العقود الخمسة الباقية فلم تبحث عنها لأنها من الأحوال الشخصية.

وليلاحظ أنَّ بعض هذه العقود يشتمل على عقود كثيرة تعد من تفاريعه وتذكر في بحثه؛ كالبيع والشركة مثلاً، فإنَّ تحتهما أنواعاً عديدة من العقود المختلفة الأسماء تعدُّ فروعاً منهما.

وسنعرض فيما يلي هذه العقود المسماة المعروفة في الفقه الإسلامي عرضاً مقتصراً على التعريف بكل منها، وبيان الأسماء الاصطلاحية فيه، وذكر أهم خصائصه الأساسية التي تعطي الطالب فكرة إجمالية عنه، متبعين في عرضها هذا الترتيب الذي جَرَت عليه المجلة فيما ذكرته منها ـ إلا في عقدين اثنين، بيع الوفاء والإِقالة، كما سننبه عليه، ومشيرين في جانب كل عقد إلى مواد المجلة التي يقع بحثه فيها.

٤٦/٣ ـ (١) البيع: (المجلة/ ١٠١ ـ ٤٠٣).

هو عقد يقوم على أساس مبادلة المال بالمال، فيفيد تبادل الملكيات على وجه الدوام، أي بلا توقيت في انتقال الملكيات بهذا التبادل.

---

(١) (العُمْرى) بضم فسكون وبالألف المقصورة في آخرها وزان «كبرى، وصغرى»، وسيأتي تفسيرها في محله (ف ٤٦/ ٢٢).

وهو رأس عقود المعاوضات المالية، وأحكامه أساس للقياس في كثير من أحكامها.

وقد استهلت به المجلة العقود المسماة، وبحثت عنه في ثلاث وثلثمائة مادة بعد القواعد الكلية مباشرة من المادة ١٠١ إلى ٤٠٣.

وهذا العقد يسمى في الأصل **«بيعاً»** و **«شراءً»** بالنسبة إلى كل واحد من طرفيه[١].

لكن عرف الناس والفقهاء على تخصيص لفظي **«البيع، والبائع»** بجانب باذل السلعة التي تتعلق بها حاجة الانتفاع والاستعمال، وتخصيص لفظي **«الشراء، والشاري»** بجانب باذل العوض المالي الآخر الذي يسمى أيضاً: **«مشترياً ومبتاعاً»**.

والسلعة أو الشيء الذي هو محل البيع يسمى: **«مبيعاً»**. والعوض المالي الآخر المتفق عليه ويبذله المشتري في مقابل امتلاك المبيع يسمى: **«ثَمَناً»** (بفتحتين). وهذا يكون في الغالب من النقود.

وتحت عقد البيع أنواع فرعية كثيرة، كالسَّلَم أو السَّلَف (بفتحتين فيهما)، وكالمقايضة، والصَّرْف، والاستصناع، وبيوع الأمانة (المرابحة، والتولية، والوضيعة)[٢]، وبيع الوفاء.

فكل هذه العقود يعدونها فروعاً خاصة لعقد البيع، ويذكر كل منها غالباً في فصل خاص ضمن كتاب البيوع تعالج فيه أحكامه.

---

(١) بما أنّ كلا الطرفين في وضعين متماثلين من حيث المبادلة والمعاوضة، لذلك كان لفظ البيع معدوداً من أسماء الأضداد؛ وكذا لفظ الشراء، فيسمى كل من طرفي عقده في أصل اللغة بائعاً وشارياً، فيقال باع البضاعة، أو شراها، إذا عقد على تمليكها أو تملكها بعوض. (ر: المصباح المنير).

وفي القرآن العظيم حكاية عن يوسف عليه السلام: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾ أي باعوه.

(٢) انظر ما تقدم عن بيوع الأمانة في بحث عيوب الرضا (ف ٣٥/ ٢ الحاشية).

وقد ذكرت المجلة ثلاثة من هذه الأنواع الفرعية في آخر كتاب البيوع، وهي: بيع السَّلَم، والاستصناع، وبيع الوفاء[1].

غير أننا نرى أنَّ بيع الوفاء يجب أن يعد عقداً مستقلاً ولا ينبغي أن يعتبر من فروع البيع، لأنه عقد مُسْتَحدَث مزيج من بيع ورهن. فسنفرده بالذكر بعد الرهن لأنه أقرب إليه في خصائصه كما سنرى.

٤٦/ ٤ ـ (٢) الإجارة: (المجلة/ ٤٠٤ ـ ٦١١).

وهي عقد موضوعه المبادلة على منفعة مدة محدودة، أي تمليكها بعوض في بيع المنافع.

فالمالك الذي يبيع منافع ملكه يسمى: **مؤجراً**. والطرف الآخر يسمى: **مستأجراً**. والشيء المعقود على منفعته يسمى: **مأجوراً**. والبدل الملتزم أداؤه لقاء المنفعة يسمى: **أَجراً وأُجرة** (بفتح الهمزة في الأول وضمها في الثاني).

وانظر المقارنة بين الإجارة والإعارة فيما سيأتي (ف ٤٦/ ٢٠).

٤٦/ ٥ ـ (٣) الكفالة: (المجلة/ ٦١٢ ـ ٦٧٢).

ويعرفونها بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة».

أي: إنها عقد يتضمن التزام شخص بحق واجب على غيره، وإشراك نفسه معه في المسؤولية به تجاه الطالب.

فالملتزم الجديد: **كفيل**. والملتزم الأصلي: **مكفول، أو: مكفول عنه**. والطالب الملتزم له: **مكفول له**. والملتزم به أو محل الطلب: **مكفول به**.

---

(١) ذكرت المجلة أيضاً بين هذه الأنواع الفرعية «بيع المريض»، وكذلك فعل قانوننا المدني.

لكني أرى أنَّ محله المناسب في مبحث شرائط البيع، لأنَّ النوعية في العقد إنما تختلف باختلاف في نوع موضوعه، أو طريقته لا بنقص أهلية العاقد.

وهذه الكفالة أنواع متميِّزة في بعض الأحكام بحسب اختلاف موضوعها:

(أ) فقد يكون موضوعها التزاماً مالياً؛ وهذه تسمى: **كفالة بالمال.**

(ب) وقد يكون موضوعها التزام الكفيل بإحضار الشخص المسؤول الأصلي بالحق؛ وهذه تسمى: **كفالة بالنفس.**

ثم إنَّ الكفالة بالمال ثلاثة أنواع:

١ ـ فقد تكون التزاماً بأداء دَين في ذمَّة الغير، وتسمى: **كفالة بالدَّين.**

٢ ـ وقد تكون بتسليم عين معينة موجودة في يد الغير، كرد المغصوب إلى الغاصب، وتسليم المبيع إلى المشتري، وتسمى: **كفالة بالعين**، أو **كفالة بالتسليم.**

٣ ـ وقد يكون موضوعها ضماناً لخلوص المال المبيع من كل حق لغير البائع، أي ضماناً لحقوق المشتري تجاه البائع إذا ظهر للمبيع مستحق، كما لو تبيَّن أنَّ المبيعَ مملوكٌ لغير البائع أو مرهون.

وهذا النوع الأخير يسمى: **كفالة بالدَّرَك** (بفتحتين)، أي بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع.

ولما كانت الكفالة تقوم على أساس اشتراك الكفيل وتضامنه مع المكفول عنه في المسؤولية، لا على أساس نقل هذه المسؤولية من عهدة الأصيل إلى الكفيل، كان للطالب المكفول له أن يطالب بحقه من يشاء من الأصيل أو الكفيل أو كليهما معاً.

على أنَّ الكفالة بالنفس فقط ليس لها من نتيجة مالية، وإنما نتيجتها إجبار الكفيل بقوة القضاء على إحضار المسؤول الأصيل.

ولكن تعليق المسؤولية بالمال على عدم تنفيذ الكفالة بالنفس يجعلها

كفالة بالمال أيضاً، كما لو قال: إن لم أحضر لك المدين في الوقت الفلاني فعليَّ ما عليه، فإنه يكون كفيلاً بالدَّين الذي عليه إن لم يحضره في الموعد المضروب. (المجلة ٦٤٢ و ٦٥١).

٤٦/ ٦ ـ (٤) الحوالة: (م/ ٦٨٣ ـ ٧٠٠).

وهي عقد موضوعه: نقل المسؤولية بالدَّين عن المدين الأصلي إلى غيره.

فالمدين: **محيل**. والدائن: **مُحال**. والشخص الثالث الذي التزم الدفع عن المدين: **مُحال عليه**. والدَّين الذي هو محل الحوالة: **مُحالٌ به**.

وفي الحوالة ينحصر حق الدائن بمطالبة المحال عليه الذي يصبح هو المكلف بأداء الدَّين المحال به. وبهذا يتجلى في الحوالة نقل المسؤولية بالدَّين. وبهذا النقل تفترق عن الكفالة التي تقوم على أساس ضم ذمة الكفيل إلى ذمَّة الأصيل توثيقاً، فيطالب فيها الدائن كلاً من الكفيل والأصيل المكفول عنه كما تقدم آنفاً.

٤٦/ ٧ ـ (٥) الرهن: (المجلة/ ٧٠١ ـ ٧٦١).

وهو عقد موضوعه احتباس مالٍ لقاء حق يمكن استيفاؤه منه.

فصاحب الحق، أو الدائن آخذ الرهن، هو: **المرتهن**. ومعطي الرهن، أي الشخص المدين، هو: **الراهن**.

وغاية الرهن توثيقية كالكفالة، لكنه أقوى توثيقاً منها، لأنه يوثق الاستيفاء باحتجاز مال يضعه المدين الراهن تحت يد المرتهن؛ فيكون للراهن امتياز في استيفاء حقه منه. فلو أفلس المدين وليس له مال سوى المرهون فليس لبقية الغرماء الدائنين مزاحمة المرتهن في المرهون، بل يكون للدائن المرتهن التقدم عليهم في استيفاء دينه منه. فإن زاد شيء من قيمته عن حق المرتهن يدفع إليهم فيقتسمونه بنسبة ديونهم بخلاف الكفالة، فإنها توثيق ذمة بذمة في المسؤولية؛ فإذا أفلس كل من المكفول والكفيل لم يبق فيها ضمان مادي للتحصيل.

٤٦/ ٨ ـ (٦) بيع الوفاء: (المجلة/ ١١٨ ـ ١١٩ /و/ ٣٩٦ ـ ٤٠٣).

وهو عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق الترادّ في العوضين.

فهو عقد مزيج من بيع ورهن: لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة:

(أ) ففيه من معنى البيع أحكام أهمها أنَّ المشتري بالوفاء يملك بمقتضى العقد منافع الشيء المبيع وفاء، فله أن ينتفع به بنفسه، وأن يستغله بإيجاره للبائع ذاته أو لغيره بخلاف الرهن فإنه يقتضي احتباس المال المرهون عن كل تصرف، فلو أوجر برضى المرتهن بطل الرهن، لزوال الاحتباس الضامن لتوثيق الدَّين.

(ب) وفيه من معنى الرَّهن الأحكام التالية:

١ ـ أنَّ المشتري لا يملك حق استهلاك المبيع، ولا نقل ملكيته إلى أحد بعوض ولا بغير عوض، ولا أن يرهنه، ولا أن ينشىء عليه حقاً عينياً لأحد، بل يجب عليه حفظه وصيانته.

٢ ـ أن المشتري ملزمٌ برد المبيع بالوفاء إلى البائع متى رد هذا إليه الثمن. وهذا معنى «الوفاء» في تسميته، كما أنَّ للمشتري متى شاء أن يطالب باسترداد الثمن وإعادة المبيع كما يطالب كل دائن بدينه.

٣ ـ انَّ العقار المبيع وفاء لا يؤخذ بالشفعة لأنه عرضة للرد إلى بائعه.

٤ ـ إذا احتاج المبيع وفاء إلى النفقة والترميم فنفقته على بائعه، لأنه باق على ملكه.

٥ ـ انَّ المبيع في يد المشتري مضمون عليه ضمان الرهن. أي أنه إذا هلك في يده يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع، كما يضمن المرتهن من قيمة الرهن الهالك بمقدار مبلغ الدَّين المرهون فيه فقط. ويجري التقاص بينهما على هذا الأساس.

ـ فإذا كانت قيمة المبيع وفاء مساوية للثمن المدفوع فيه سقطت بهلاكه عهدة رد الثمن عن البائع، ولا رجوع للمشتري عليه بشيء.

ـ وإذا كانت قيمته أقل من الثمن سقط من الثمن قيمة المبيع، ورجع المشتري على البائع بالباقي.

ـ وإذا كانت قيمته أكثر من الثمن المدفوع، وهذا هو الأغلب عادة، كان الزائد أمانة غير مضمونة على المشتري: فيسقط رد الثمن المقبوض عن عهدة البائع بسبب هلاك ما يقابله من المبيع وفاء عند المشتري، وليس بعد ذلك للبائع أن يلاحق المشتري بالزائد من قيمة المبيع، إلا إذا كان هلاكه بتعدي المشتري عليه أو تقصيره في حفظه.

٦ ـ إنَّ البائع بالوفاء إذا لم يرد الثمن ويسترد مبيعه يحق للمشتري أن يطلب من القاضي بيعه عليه. فيبيعه القاضي على حساب البائع، ويوفي من ثمنه الجديد حق المشتري بالوفاء، أي ثمنه القديم، وإن زاد منه شيء فللبائع، وإن نقص ثمنه الجديد عن القديم يكون البائع بالوفاء مسؤولاً بالباقي.

فيظهر من هذا أنَّ المبيع والثمن في بيع الوفاء لهما حكم المرهون والدين المرهون فيه، لا حكم المبيع والثمن حقيقة.

وإنما احتيج إلى هذا العقد ولم يغن الرهن عنه، لأنَّ الرهن لا يفيد المرتهن حق الانتفاع به أو إيجاره في مقابل الدَّين، وإذا أذن المدين الراهن للمرتهن بالانتفاع فله أن يرجع عن هذا الإذن شرعاً، فاستحدثوا بيع الوفاء ليدخلوا به من أحكام البيع على أحكام الرهن حق الانتفاع للمرتهن **بمقتضى العقد**، لأنَّ الناس أمسكوا أموالهم عن إقراضها بلا منفعة، فتعورف هذا العقد في صورة شراء وانتفاع، وفي معنى رهن، ليكون فيه للناس مندوحة عن الالتجاء إلى المراباة.

وقد قدمنا فيما سلف بيان منشئه، فلينظر (ف ١٦/٩ الحاشية).

وهذا العقد إنما يجري على العقار، واختلف اجتهاد الفقهاء في جريانه على المنقول.

ومن ثم يتضح أن بيع الوفاء يجب أن يعتبر عقداً مستقلاً لا فرعاً من فروع البيع، وأن يذكر في ترتيب العقود المسماة عقب الرهن، لأن فهمه يتوقف على فهم أحكام البيع وأحكام الرهن معاً[1].

---

(١) كانت النصوص القانونية المعول عليها لدينا في أحكام بيع الوفاء هي المواد /٩١ - ١٠٠/ من قانون الملكية العقارية ذي الرقم /٣٣٣٩/. وقد نصت المادة /٩٥/ منه على أنَّ منافع العقار المبيع بالوفاء تكون بمقتضى العقد للبائع لا للمشتري، ويكون المشتري مسؤولاً وضامناً لكل ما يستفيده من ثمرات ومنافع المبيع، فتطرح قيمتها من أصل الدين، إلا إذا اشترط الطرفان خلاف ذلك.

وبذلك لم يبق فرق يذكر بين رهن العقار وبيعه وفاءً في أحكام هذا القانون فيصبح ذكر بيع الوفاء فيه عبثاً وتكراراً محضاً لأحكام الرهن فيه باسم جديد.

وهذا من جهل واضعي القانون بمبنى الفرق بين الرهن وبيع الوفاء، بحسب منشأ هذا العقد. فإنَّ بيع الوفاء إنما استحدث إلى جانب الرهن على أساس أن يستحق المشتري فيه منافع المبيع **بمقتضى العقد**، على خلاف حكم الرهن، كما أوضحناه.

ولعل خطأ واضعي هذا القانون من هذه الناحية ناشيء عما يوهمه ظاهر المادة/٣٩٨/ من المجلة، إذ تقول إنه:

«إذا اشترط في بيع الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صحَّ ذلك».

فإنَّ ظاهرها يوهم أنَّ المشتري لا يستحق منافع المبيع وفاء إلا بالشرط.

لكنها يجب أن تفهم بأنه إذا اشترط للمشتري بالوفاء جزء فقط من منافع المبيع ينحصر حقه في المشروط، أما إذا لم يشرط في العقد شيء فالمنافع كلها للمشتري بمقتضى العقد. وذلك بدلالة المادة /١١٨/ من المجلة نفسها. فقد صرحت هذه المادة أنَّ بيع الوفاء إنما يشبه البيع الصحيح ويفترق عن الرهن من جهة أنَّ المشتري وفاء يملك منافع المبيع، وهو الحكم الذي قرره الفقهاء في بيع الوفاء. وهذا ما حققه والدي الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى في شرحه على القواعد الكلية من المجلة.

وتفصيل النظر الفقهي في بيع الوفاء وأحكامه، علاوة على ما ورد منه في المجلة، يرى في «الدرر شرح الغرر»، وفي «رد المحتار»، وفي «الفتاوى البزازية» أواخر كتاب البيوع، وفي الفصل /١٨/ من «جامع الفصولين» وهو أوفاها بحثاً.

وأخيراً جاء القانون المدني سنة ١٩٤٩ م، فمنع بيع الوفاء، واعتبره باطلاً، استغناء عنه بالرهن (ر: ق م/ ٤٣٣).

٤٦/ ٩ ـ (٧) الإيداع: (المجلة/ ٧٦٢ ـ ٨٠٣).

وهو عقد موضوعه استعانة الإنسان بغيره في حفظ ماله.

فصاحب المال: **مودِع** «بكسر الدال». والعاقد الآخر المؤتمن على المال الذي تعهد بحفظه: **وديع**. والمال المدفوع للحفظ: **وديعة**.

وقد يطلقون «الوديعة» على معنى عقد الإيداع نفسه.

ومال الوديعة في يد الوديع يعتبر **أمانة**، والوديع **أمين**.

ومعنى كونه أمانة في اصطلاح فقهاء الشريعة أنه لا يكون الأمين ضامناً له، أي إنه غير مسؤول بماله عما يصيبه من التلف فما دونه بآفة سماوية. وإنما يكون الأمين ضامناً للأمانة إذا تعدّى عليها أو قصّر في حفظها حتى تلفت أو تعيبت.

وعقد الإيداع يعتبر رأس عقود الأمانات، فإنه العقد الوحيد الذي موضوعه ومقصده المباشر إنما هو الائتمان على الحفظ. بخلاف العقود الأخرى التي يكون المال فيها بيد العاقد أمانة أيضاً، فإنَّ لكل عقد منها موضوعاً آخر هو مقصدها المباشر غير مجرد الائتمان، كالإجارة والإعارة والشركة.

٤٦/ ١٠ ـ (٨) الإعارة: (المجلة/ ٨٠٤ ـ ٨٣٢).

وهي عقد يرد على التبرع بمنافع الشيء لاستعماله ورده، ففيه تمليك المنفعة مجاناً بلا عوض.

فصاحب الشيء: **معير**. وآخذه لاستعماله: **مستعير**. والشيء الذي هو محل العقد: **عاريّة** (بتشديد الياء).

وقد يطلقون «العارية» على معنى عقد الإعارة نفسه.

وعقد الإعارة يقابل الإجارة التي تقوم على أساس تمليك المنفعة بعوض: ففي الإجارة بيع للمنافع، وفي الإعارة تبرُّع بها، وإنما الفارق هو العوض وعدمه.

ومن ثم وجب في الإجارة تحديد مدة الانتفاع، لأنَّ مقدار المنافع المقابل للأجرة إنما يحدده الزمن بخلاف الإعارة فإنها، وإن كان التوقيت ملحوظاً فيها لابتنائها على أساس الرد، لا يجب تحديد المدة في عقدها، بل يصحُّ فيها إطلاق الوقت والسكوت عنه، لأنها تبرع بالمنفعة يستطيع المعير الرجوع عنه متى شاء، وليس فيه التزام بعوض يحتاج إلى تحديد مقابله من المنافع بالوحدات الزمانية.

٤٦/ ١١ ـ (٩) **الهبة**: (المجلة/ ٨٣٣ ـ ٨٨٠).

وهي عقد موضوعه تمليك الإنسان ماله لغيره مجاناً بلا عوض.

فمعطي المال؛ **واهب**. وقابله: **موهوب له**. والمال محل العقد: **موهوب**.

والهبة تقابل البيع من حيث انَّ كليهما يرد على تمليك الأعيان المالية. لكن البيع تمليك بعوض، والهبة تبرع بلا عوض، كما تقابل الإعارة الإجارة في تمليك المنافع مجاناً أو بعوض.

ومن ثم كانت الهبة والإعارة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم لأنهما تبرع غير ملزم، وإنما يأخذ حكمه بالتنفيذ، كما تقدم في بحث العقود العينية (ف٣٠/ ١٣).

٤٦/ ١٢ ـ (١٠) **عقد القسمة**: (المجلة/ ١١١٤ ـ ١١٩١).

القسمة هي: إفراز الحصص الشائعة في الملك المشترك، وتخصيص كل منها بجزء معين منه.

وعملية القسمة فيها عنصران:

ـ عنصر إفراز من جهة،

ـ وعنصر مبادلة وبيع، من جهة أخرى،

وذلك لأنَّ الملك الشائع في الشيء المشترك تعتبر كل ذرة منه مشتركة في الأصل (ر: ف ٢٤/ ٦).

فلو كان الشيء مشتركاً مناصفة مثلاً فقسم نصفين، يكون كل شريك إنما يملك في الواقع نصف النصف الذي عُيِّن له فقط، وباقيه لشريكه الآخر. فيعتبر كل منهما آخذاً في قسمه المعين ما يخصه من الأجزاء بطريق الإفراز، وآخذاً للباقي بطريق المبادلة على ما يخصه في قسم شريكه.

والقسمة تكون تارة **رضائية** باتفاق الشركاء؛ وتارة **قضائية** يجريها القضاء بطلب بعض الشركاء جبراً على باقيهم.

فالقسمة التي تعدُّ عقداً من العقود الصريحة، إنما هي القسمة الرضائية.

أما القضائية فليست عقداً صريحاً، بل هي إزالة للشيوع بطريق القضاء، ولكن يعتبر فيها عقد ضمني مقدر اقتضاء في عمل السلطة القضائية، كما تقدم في نظرية الملكية (ر: ف ٧/٢٣).

١٣/٤٦ ـ (١١) عقد الشركة: (المجلة/ ١٣٢٩ ـ ١٤٠٣).

وهو عقد بين شخصين فأكثر على التعاون في عمل اكتسابي، واقتسام أرباحه.

والشركة في ذاتها قد تكون **شركة في ملك مشترك** بين عدة أشخاص ناشئة عن سبب طبيعي كالإرث مثلاً. وقد تكون **شركة عقد** بأن يتعاقد جماعة على القيام بعمل استثماري يتساعدون فيه بالمال أو بالعمل، ويشتركون في نتائجه.

فشركة الملك هي من قبيل الملك الشائع وليست من العقود، وإن كان سببها قد يكون عقداً، كما لو اشترى شخصان شيئاً، فإنه يكون مشتركاً بينهما شركة ملك، ولكن ليس بينهما عقد على استغلاله واستثماره بتجارة أو إجارة ونحو ذلك من وسائل الاسترباح كما تقدم بيانه في نظرية الملكية (ر: ف ٨/٢٤).

وأما شركة العقد التي غايتها الاستثمار والاسترباح فهي المقصودة هنا والمعدودة من أصناف العقود المسماة.

٤٦/ ١٤ ـ (١٢) المضاربة: (المجلة/ ١٤٠٤ ـ ١٤٣٠).

وهي نوع من شركة العقد يتفق فيها على أن يكون رأس المال من جانب، والعمل على استثماره من الجانب الآخر، والربح مشترك.

فصاحب رأس المال يسمى: **ربّ المال**، والعامل فيه: **مضارِب**.

ويسمى عقد المضاربة أيضاً: **قِراضاً**، (بكسر القاف)، يقال: قارضه، وضاربه، إذا دفع إليه المال ليعمل فيه، والربح مشترك بنسبة معينة يتفقان عليها.

لكن شاع لفظ «المضاربة» في اصطلاح فقهاء الحنفية، ولفظ «القراض» في اصطلاح فقهاء الشافعية والمالكية.

٤٦/ ١٥ ـ (١٣) المزارعة: (المجلة/ ١٤٣١ ـ ١٤٤٠).

وهي نوع شركة زراعية على استثمار الأرض، يتعاقد فيها الطرفان على أن تكون الأرض من أحدهما والعمل من الآخر، والمحصول الزراعي مشتركٌ بينهما بنسبة يتفق عليها.

والعامل في الأرض بالمزارعة يسمى: **مزارِعاً**. والطرف الآخر: **رب الأرض**.

٤٦/ ١٦ ـ (١٤) المساقاة: (المجلة/ ١٤٤١ ـ ١٤٤٨).

وهي أيضاً نوع شركة زراعية على استثمار الشجر، يكون فيها الشجر من طرف، والعمل في الشجر بتربيته وخدمته وسقيه من الطرف الآخر، والثمرة الحاصلة مشتركة بنسبة متفق عليها.

فالعامل هو: **المساقي**. والطرف الآخر: **رب الشجر**.

٤٦/ ١٧ ـ (١٥) الوكالة: المجلة/ ١٤٤٩ ـ ١٥٣٠).

وهي عقد تفويض ينيب فيه شخص شخصاً آخر عن نفسه في التصرُّف. فالمستنيب: **موكل** (بصيغة الفاعل). والمستناب: **وكيل**. ومحل الوكالة، وهو الأمر المستناب فيه: **موكل به**.

وحقيقة التوكيل من قبيل إطلاق الصلاحية؛ فإنَّ كل إنسان في الأصل محجور عن أن يتصرف فيما يعود لغيره، ولو تصرَّف كان فضولياً لا ينفذ تصرفه ولا يسري حكمه على صاحب الحق المختص إلا إذا أجازه هذا الأخير.

فبالتوكيل يطلق الإنسان لغيره سلطة التصرُّف عن نفسه ويستعين به، لأنَّ الإنسان قد يعجز عن أن يقوم بجميع شؤونه وأعماله بنفسه.

فبهذا الإطلاق والصلاحية المستمدة من الموكل يصبح تصرف الوكيل فيما وكل به نافذاً على الموكل، كما لو باشره الموكل بنفسه.

وهذه نقطة الفرق بين الوكيل والفضولي.

لكن بعد صدور التصرف من الفضولي لو رضيه وأجازه صاحب حق التصرف تكون هذه الإجازة اللاحقة كوكالة سابقة (أي يثبت حكمها مستنداً بأثر رجعي)، فينفذ عندئذ تصرف الفضولي من تاريخ صدوره كما لو كان وكيلاً حين التصرف (ر: ف ٩/٣٨).

والوكالة قد تكون عامة في كل أمر يقبل الإنابة، فيقوم فيها الوكيل مقام الأصيل في كل تصرُّف. وقد تكون خاصة في أمر أو أمور مخصوصة، من بيع أو شراء أو نكاح أو طلاق أو خصومة أو صلح أو صرف أو قبض إلخ... فتقتصر عندئذ صلاحية الوكيل وتتقيد بما حدَّده له الموكل؛ فيكون فيما وراءه فضولياً لأنَّ سلطته مستمدة من موكله.

١٨/٤٦ ـ (١٦) الصلح: (المجلة/ ١٥٣١ ـ ١٥٦٠).

وهو عقد يتفق فيه المتنازعان في حق على ما يرتفع به النزاع بينهما.

فكل واحد من عاقدي الصلح: **مصالِح**. والحق المتنازع فيه: **مُصَالَحٌ عنه**. وما يؤديه أحدهما أو يلتزم به لخصمه قطعاً للنزاع: **مُصَالَحٌ عليه**؛ ويسمى أيضاً: **بدل الصُّلح**.

وعقد الصلح ليس له موضوع معيَّن يميزه بطبيعة وقابلية خاصة، لأنه يجري في كل نزاع، غير أنه يتضمن عادةً تنازل المدعي عن بعض مطلوبه. فلذا لا يقبل من الولي أو الوصي أو المتولي صلح عن حق عائد لصغير أو لقاصر أو لوقف، على بدل أقل من قيمة هذه الحقوق، لأنه لا يجوز للقائمين على إدارة أموال القاصرين والأوقاف أن يتبرعوا بشيء من أموال هؤلاء أو يتنازلوا عن شيء من حقوقهم، إلا إذا كان الخصم جاحداً ومستعداً لحلف اليمين وليس لدى الوصي أو الولي أو المتولي بينة يثبت بها الحق المتنازَع فيه. فتسوغ لهم إذ ذاك مصالحة الخصم، لأنَّ الصلح حينئذ ربح. (ر: المجلة/ ١٥٣٩ ـ ١٥٤٠)[1].

ولما لم يكن لعقد الصلح موضوع معيَّن قرَّر الفقهاء أنَّ الصلح يُعتبر بأقرب العقود إليه بحسب الشكل الذي يقع عليه.

فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع. والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الإجارة، كما لو كان محل النزاع مالاً معيناً، فتصالحا على أن يتركه أحدهما للآخر لقاء سكنى داره شهراً مثلاً، والصلح في دعوى الدين على أن يأخذ المدعي جانباً منه فقط ويترك دعواه، يعتبر أخذاً لبعض الحق وإبراء عن الحق الباقي. فالصلح كإناء البلور الأبيض الصافي يأخذ لون ما فيه.

وثمرة ذلك أن تجري في الصلح أحكام العقد الذي اعتبر به من بيع أو إجارة أو غيرهما (ر: المجلة/ ١٥٤٨ ـ ١٥٦٠).

١٩/٤٦ ـ (١٧) التحكيم: (المجلة/ ١٨٤١ ـ ١٨٥١).

وهو عقد بين طرفين متنازِعَين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حاكماً بينهما لفصل خصومتهما. وقد يكون بين أكثر من طرفين.

---

(١) انظر ما تقدَّم في كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما في القضاء، من قوله: «الصلح جائز إلا صلحاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً» (ر: ف ٣/٦).

فكل من الطرفين المتنازعين: **محتكم**. والشخص الذي اختارا تحكيمه: **حَكَم** «بفتحتين»، أو **مُحَكَّم** «بتشديد الكاف المفتوحة».

ويفترق المحكَّم عن القاضي الرسمي بأمور هامة منها أنَّ سلطة القاضي وصلاحيته عامة على سائر الناس في منطقة قضائه. أما سلطة المحكَّم فمقصورة على المحتكمين إليه، لأنه في الأصل ليس منصوباً للقضاء من مرجع له سلطة الإلزام العام، وإنما جعل حاكماً بإرادة من اختاروه، فلا ينفذ حكمه إلا في حقهم وفي الحدود التي قيَّدوه بها. (المجلة/ ١٨٤٢).

وقد قدمنا أنَّ التحكيم عقد غير لازم قبل صدور الحكم، فلكل من المحتكمين فسخ التحكيم وعزل المحكَّم، ما لم يصدر حكمه. (ر: ف ٤٠/٦).

٤٦/ ٢٠ ـ (١٨) المخارجة أو التخارج:

وهي عقد يبيع فيه أحد الورثة حِصَّتَه من تركة مورِّثِهِ المتوفَّى فيخرج منها ويحل محله مشتريها.

يقال: تخارج الورثة إذا خارج بعضهم بعضاً. فدافِعُ المالِ الذي سيحل في المخارَجة محل الوارث في حقه الإِرثي هو **مُخارِج**: (بصيغة الفاعل). والوارثُ الذي أخذ البدل وخرج من التركة: **مُخارَج** (بصيغة المفعول)، أو خارج.

فإذا كان بدل المخارجة مدفوعاً من التركة نفسها استحق الورثة المخارجون نصيب المخارج بنسبة سهامهم في التركة.

وإذا كان البدل مدفوعاً من أموالهم الأخرى الخاصة يكون نصيب الخارج الإِرثي بينهم بنسبة ما دفع كل منهم.

وقد تجري المخارجة بين وارث وأجنبي عن التركة، فتكون بمنزلة بيع الوارث حصته الإرثية لذلك الأجنبي، فيحل هذا الأخير محله في نصيبه الإرثي بين بقية الورثة.

والمجلة لم تبحث عن المخارجة مع أنها عقد مدني محض، وإن كان متعلقاً بحق إرثي من حقوق الأحوال الشخصية الخارجة عن موضوع المجلة.

والفقهاء يفردونها بفصل خاص من كتاب الصلح، لأنها في الغالب تقع صلحاً بين ورثة متنازِعين. ولكن الأليق بها كتاب البيع، لأنَّ حقيقتها بيع، وكثيراً ما تجري بين الورثة دون أن يسبقها نزاع بينهم. (ر: رد المحتار ٤/ ٤٨١ ـ ٤٨٣).

٤٦/ ٢١ ـ (١٩) القرض:

وهو عقد موضوعه أن يأخذ أحد المتعاقِدَين من الآخر مالاً مثلياً استهلاكياً كالنقود، والزيت، والقمح، على أن يرد إليه مثله فيما بعد[1].

فدافع المال: **مُقْرِض** (بضم فسكون)، والآخذ: **مُسْتَقْرِض ومُقْتَرِض**؛ والمال المدفوع: **قَرْضٌ** «بفتح فسكون»، **ومُقْرَضٌ** «بصيغة المفعول».

والقرض فيه معنى عقدين اثنين:

ـ معنى الإعارة ابتداء، لأنَّ فيه تبرعاً بإعطاء مال على أساس رده إلى معطيه.

ـ ومعنى المعاوضة والبيع؛ لأنَّ المال لا يُؤخذ فيه على أساس استعماله والاحتفاظ بعينه وإعادته بذاته، كما في العارية، وإنما يُؤخذ على سبيل استهلاكه في حاجة المقترض، ثم تأدية عِوَضٍ عنه من مثله إلى المقرض. فمتى قبضه يملكه ويصبح العوض المقابلُ دَيْناً عليه ثابتاً في ذمته.

---

(١) يقال في اللغة: استقرض فلان من فلان، إذا طلب قرضاً؛ واقترض إذا أخذ قرضاً؛ وأقرض فلان فلاناً إذا أعطاه قرضاً. ولا يقال بهذا المعنى: قَرَضه قرضاً، من الفعل الثلاثي المجرّد بل: أقرضه إقراضاً، بزيادة الهمزة، وإنما يستعمل الفعل الثلاثي المجرد بمعنى القطع، فيقال: قرضت الثوب ونحوه، إذا قطعته بالمقراضين، وهما المقص (ر: المصباح المنير، والقاموس المحيط).

ففي القرض من هذه الجهة مبادلة ومعاوضة، وهو معنى البيع.

ولذلك لو استغنى المقترِض عما اقترضه قبل استهلاكه، لا يكون ملزماً بإعادته عيناً ولو أنه قائم في يده، بل له أن يمسكه لديه ويرد مثله.

وعن هذا كان القبض في القرض قبض ضمان لا قبض حفظ وأمانة. فبمجرد تسلُّم المقترِض المال بيده مباشرة أو بيد وكيله بالقبض أو رسوله، يصبح المال المقبوض مضموناً على المقترِض، أي إنَّ كل آفة تصيب هذا المال بعد ذلك، من هلاك فما دونه، إنما تكون على مسؤوليته وحسابه كمسؤولية المشتري بعد تسلمه المبيع.

ومن ثم يفترق القرض عن العارية التي تبقى على ملك صاحبها المعير أمانة في يد المستعير لا يضمنها إلا بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها[1].

هذا، وإنَّ المجلة لم تبحث عن عقد القرض، وقد كان عليها أن لا تهمله كما سلفت الإشارة إليه. وبعض الفقهاء يذكرونه في فصل فرعي من كتاب البيوع. (ر: فصل القرض من كتاب البيوع في الدر المختار ورد المحتار ٤/ ١٧١ ـ ١٧٦).

٤٦/ ٢٢ ـ (٢٠) العُمْرى[2]:

وهي نوع من الهبة معتاد عند العرب، بأن يقول الشخص لآخر: أعمرتك هذا الشيء أو هذه الدار، أو هي لك عُمْرى (أي على سبيل العمرى). ومعناه أنها للمقول له مدى عمره، فإن مات عادت إلى القائل.

---

(١) في الفقه الإفرنسي يعتبر القرض نوعاً من العارية، فيجعلون العارية نوعين:

ـ عارية الاستعمال (prêt à usage)، وهي العارية المعروفة لدينا.

ـ وعارية الاستهلاك (prêt de consommation) وهي القرض في اصطلاح فقهنا الإسلامي.

وفوارق الأحكام بين النوعين في القانون الفرنسي مماثلة لما بيناه مما قرره فقهاؤنا (ر: دالوز، (Précis de droit civil) ج ٣ ف/ ٧٣١).

(٢) بضم العين المهملة وبالألف المقصورة، وزان (صغرى وكبرى).

ويسمى القائل: **مُعْمِراً** (بضم فسكون، وبكسر الميم على صيغة الفاعل). والمقول له: **مُعْمَراً له** (على صيغة المفعول).

وقد اعتبر النبي عليه الصلاة والسلام فكرة الاسترداد بعد وفاة المعمر له باطلة، فأثبت في العمرى ملك العين الدائم للمعمر له، ثم من بعده لورثته كما تقدمت الإشارة إليه. (ر: ف ٤/٢٥).

٤٦/٢٣ ـ (٢١) عقد الموالاة:

وهي عقد بين شخصين أحدهما ليس له وارث نَسَبي، فيقول لآخر: أنت مولاي، أو أنت وليّي، ترثني إذا مِتُّ، وتَعقَل عني إذا جنَيتُ.

ومعنى «**تعقل عني**»: تدفع عني الدية الشرعية إذا وقع مني جناية خطأ من قتل فما دونه.

فبهذا التعاقد يثبت هذا الولاء بين المتعاقدَين: فيلتزم القابل بالوجيبة المالية لجناية الخطأ إذا وقعت من القائل، كما يستحق تركته كلها إرثاً بمقتضى هذا العقد إن مات، إلا إذا كان له زوج، فيستحق القابل باقي التركة بعد ميراث أحد الزوجين، بحسب كون القائل رجلاً أو امرأة. ويشترط في ذلك بعض شرائط مبينة في محلها من كتاب الفرائض وكتاب الولاء في المؤلفات الفقهية. وهذا القابل الذي يرث في مقابل تعهده بضمان جناية الخطأ يسمى: **مولى الموالاة**.

ملاحظة هامة

مقارنة بين عقد الموالاة وعقد التأمين اليوم (السوكرة):

٤٦/٢٤ ـ إنَّ عقد الموالاة، كما يبدو للمتأمّل؛ يصلح أساساً قوياً ومستنداً قياسياً لصحة عقد التأمين (السوكرة) الشائع اليوم في المعاملات التجارية، والذي موضوعه وغايته التعويض عن الأضرار التي تلحق البضائع والأشياء (بأسباب لا دخل للمتضرر صاحب هذه الأشياء في إحداثها) بأن تدفع الشركة المؤمّن لديها تعويضاً يتفق عليه عن الأضرار المعينة النوع في

العقد إذا وقعت، في مقابل أن يدفع صاحب المال إلى شركة التأمين مبلغاً ضئيلاً سنوياً يسمى: **القسط**.

واليوم يتردد علماء الشريعة ومفتوها كثيراً في صحة هذا العقد، أو يعلنون تحريمه.

والذي أرى أنه عقد جائز لا مانع منه في أصول الشريعة الإسلامية، وفيه ترميم للأضرار وتعاون على احتمالها، بدلاً من أن تنزل في رأس المصاب وحده. ولا سيما أنَّ تجارة الاستيراد اليوم، بهذه المواصلات السريعة ربطت أطراف العالم بعضها ببعض، وكثرت أخطارها بقدر ما زادت سرعتها، فلا يمكن أن يطمئن التاجر فيها على كيانه المالي دون هذا التأمين ضد أخطار النقل والحريق ونحو ذلك.

وقد نصَّ فقهاؤنا على صحة ضمان خطر الطريق في صور معينة، كما لو قال شخص لآخر: «اسلك هذا الطريق فإنه آمن، وإن أصابك شيء فأنا ضامن». فإذا سلكه فأصيب يضمن القائل. (ر: رد المحتار كتاب الكفالة).

ونحن تجاه عقد التأمين لا يجب أن نجد لجوازه نصاً صريحاً عليه في أصول الشريعة وفقهها، لأنه عقد حديث، بل يكفي أن نجد دلائل قياسية تؤيّده. وفيما بيناه كفاية؛ وإن كان المرحوم ابن عابدين بحث في هذا العقد في حاشيته رد المحتار ونظر إليه من زاوية أخرى انتهى منها إلى عدم جوازه (ر: رد المحتار باب المستأمن من كتاب الجهاد).

٤٦/ ٢٥ ـ (٢٢) الإقالة: (المجلة/ ١٩٠ ـ ١٩٦).

الإقالة لغة: بمعنى الرفع.

وهي في اصطلاح الفقهاء: عقد يتفق فيه طرفان على رفع عقد سابق بينهما، أي على فسخه وإلغاء حكمه وآثاره.

فالطرفان: **متقايلان**. وكل منهما: **مُقيل**، أو: **مُقَال**، بصيغة الفاعل أو المفعول نظراً إلى فعله أو إلى فعل رفيقه. والعقد المفسوخ بالإقالة: عقد **مُقَال** أيضاً.

ومجال الإقالة إنما هو العقود اللازمة سوى عقد النكاح.

فالعقد غير اللازم. كالوكالة والإعارة، يفسخ بإرادة أحد العاقدين المنفردة دون حاجة إلى اتفاق، كما تقدم. (ف ٤٥/ ٢).

وعقد الزواج بعد انعقاده صحيحاً لا تجري فيه الإقالة والإلغاء، ولكنه يقبل الإنهاء بطرق أخرى كما سنرى في تصنيف العقود. (ر: ف ٤٧/ ٩).

فتلك العقود اللازمة، إذا لم يطرأ عليها ما يسلخ عنها صفة اللزوم ويجعل لأحد الطرفين خياراً فيها، لا يمكن رفعها وإلغاؤها بعد انعقادها إلا بالطريقة التي عُقدت بها، وهي اتفاق الإرادتين، لأنَّ هذا الإلغاء سيوجب انتقاضاً في الملكيات أو الحقوق الثابتة بالعقد السابق المراد فسخه بعد استقرارها، فلا بد فيه من الاتفاق بسائر مقوماته العقدية وشرائطه من لفظ أو ما يقوم مقامه، ومن وحدة المجلس، وقيام المحل الشرعي.

فلا تصح إقالة البيع مثلاً بعد هلاك المبيع في يد المشتري، إذ لا مجال لإعادة نقل الملكية بعد فوات المحل.

وكذا لا تصح إقالة الإبراء عن الدين، لأنَّ الإبراء يسقط الدَّين من الذمة، ومن القواعد أن: **الساقط لا يعود**، لأنه معدوم. (ر: المجلة/ ٥١)، فبزوال الدين لا يبقى محل يقع عليه عقد الإقالة. (ر: رد المحتار ٤/ ١٤٦ و ١٥١).

والفقهاء إنما يذكرون الإقالة في كتاب البيع على أنها عقد متفرع عنه، لأنها أكثر ما تقع في عقد البيع، ولأنها عندما يفسخ بها عقد البيع السابق تعتبر عندئذ بالنسبة إلى الشخص الثالث كبيع جديد، كما تقدم في بحث انحلال العقد. (ر: ف ٤٥/ ٢)[1].

---

(١) وتقدم هناك أنَّ هذا الاعتبار المزدوج في الإقالة (أي كونها فسخاً بالنسبة للعاقدين، وبيعاً جديداً بالنسبة إلى الشخص الثالث) إنما هو لصيانة حقوق الغير التي نشأت بالعقد السابق المقال.

وهكذا أيضاً فعلت المجلة، فجعلت الإقالة فرعاً من مباحث كتاب البيوع، وعرفتها ـ تبعاً لأكثر الفقهاء ـ بأنها: رفع لعقد البيع (المجلة/ ١٦٣) وهذا كما ترى تعريف لإقالة البيع، لا للإقالة بوجه عام.

ولكن المناسب أن تعتبر عقداً مستقلاً تختم به عقود المعاملات لأنَّ الإقالة لا تختص بالبيع، بل تجري في جميع العقود اللازمة سوى الزواج.

والتحقيق في تعريفها بوجه عام أنها **«عقدٌ يُرفع به عقد سابق»**. (ر: باب الإقالة من كتاب البيوع في «الجوهرة» وفي «رد المحتار»).

فكما يرفع بالإقالة عقد البيع يرفع أيضاً عقد الإجارة والكفالة والصلح والمخارجة إلخ... فيعود بها العاقدان إلى حالهما وحقوقهما قبل العقد المقال.

حتى إنَّ الإقالة نفسها تقبل الإقالة، فبإقالة الإقالة يستعاد اعتبار العقد المقال بين المتقايلين، ويرجع ارتباطهما بأحكامه وآثاره كأنه لم يفسخ (ر: الدر المختار وحاشيته ٤/ ١٥٠).

٤٦/ ٢٦ ـ (٢٣) الزواج، أو النكاح:

وهو عقد بين رجل وامرأة غايته استحلال المتعة الجنسية بينهما بغية التناسل وتأسيس الأسرة بالطريق المشروع والتعاون في حياة مشتركة.

فكل من الرجل والمرأة بعد العقد يسمى: زوجاً للآخر، وقد يقال للمرأة زوجة، بعلامة التأنيث، على خلاف الأفصح لغة.

وعقد الزواج لا بد فيه شرعاً من مَهْر (بفتح فسكون)، وهو مقدار من المال يلتزم به الرجل للمرأة ويسمى أيضاً: «صَداقاً» (بفتح الصاد المهملة).

واختلفت الاجتهادات في الحد الأدنى للمهر، والاجتهاد الحنفي على أنه لا يقل عن عشرة دراهم من الفضة أو ما يعادل قيمتها.

ويشترط لصحته: الإشهاد على عقده بغية إعلانه لإزالة الريبة من

اجتماع الرجل بالمرأة في حياة مشتركة، كما تقدم في مناسبته. (ف ٢٧/ ٦ الحاشية).

والزواج، علاوة على ما يثبت به من حلٍّ الاستمتاع بين الزوجين، ينشىء حقوقاً ووجائب متقابلة بينهما من مالية وأسرية: منها نفقة الزوجة على الزوج بحدود وشرائط معينة، ووجوب متابعتها له، وطاعتها إياه في غير إثم ومعصية شرعية، وإرث أحد الزوجين من الآخر.

وينحل الزواج وينتهي بالطلاق، وبوفاة أحد الزوجين، وببعض أسباب أخرى.

وبانحلال الزوجية بأحد أسبابه تجب على المرأة عدة، وهي تربُّص مدة معينة من الزمن لا يجوز لها خلالها أن تتزوج، وذلك لمقاصد شرعية أهمها: أن يُعرف فراغ رحمها من الزوج السابق منعاً لاختلاط الأنساب واشتباهها. لكن إذا طلقت الزوجة قبل الدخول بها فلا عدة عليها.

٤٦/ ٢٧ ـ (٢٤) عقد الوصية:

الوصية هي أن يوجب إنسان في حياته تبرُّعاً من ماله لغيره بعد وفاته.

فالموجِب صاحبُ المال: **مُوصٍ**. والطرف الآخر: **موصى له**. والمال المخصص لذلك: **موصى به أو وصيّة**.

فالوصيّة تبرع من الإنسان في حياته مضاف حكمه إلى ما بعد مماته، وهو الوقت الذي تتعلق فيه حقوق الورثة بالتركة.

فالشرع الإسلامي قد أطلق للإنسان هذا الحق في حدود ثلث ماله تشجيعاً على عمل الخير في سبيل البر بجزء من ماله، وحفظاً لحقوق الورثة في الباقي.

فإذا تجاوزت الوصية قدر الثلث نفذت في الثلث، وتوقفت الزيادة

فقط على إجازة الورثة: فإنْ أجازوها نفذت؛ وإلا بطلت الزيادة وضمت إلى ميراثهم.

فالوصية إذا كانت لشخص معيَّن كانت عقداً مُمَلِّكاً ذا طرفين كالهبة. ولكن، لكونه تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت، يكون القبول أو الرد فيه مؤخراً اعتباره إلى ذاك الحين. فلو رد الموصَى له الوصيةَ بعد موت الموصي بطلت الوصية، وبقيت في تركة الموصي لورثته.

لكن يغني عن القَبول فيها عدم الرد كما تقدم في مناسبته، حتى لو مات الموصَى له بعد موت الموصي دون أن يعرف منه قبول أو رد كانت ملكاً لورثة الموصَى له. (ر: ف ٨/٣١).

أما إذا لم تكن الوصية لشخص معيَّن، بل كانت لمصلحة جهة من الجهات العامة كالمساجد والمدارس والجهاد والفقراء، فإنها عندئذ لا تعد من العقود ذات الطرفين، بل من تصرُّفات الإرادة المنفردة، فتكون نافذة بمجرد وفاة الموصي مصراً عليها، ولا يتأتى فيها قَبول أو رد.

٢٨/٤٦ ـ (٢٥) عقد الإيصاء أو (الوصاية):

وهي عقد يوجب به الإنسان في حياته نيابة عنه بعد وفاته لشخص آخر في تنفيذ وصية المتوفى، وإدارة حقوق أولاده القاصرين. يقال: أوصى فلان إلى فلان، إذا عهد إليه بالوصاية.

فالموجِب: **موص**. والشخص المعهود إليه بالوصاية، رجلاً كان أو امرأة: **وصيّ** (بتشديد الياء).

وللوصيّ قبول الوصاية وردها بعد وفاة الموصي أيضاً كما في عقد الوصية المالية، لكن ممارسته لأعمال الوصاية تقوم مقام القَبول.

ومتى قبل أصبح نائباً شرعياً، فيكون هو صاحب الصلاحية في تنفيذ الوصية المالية. وإدارة أموال القاصرين، وحفظها، والإنفاق الضروري عليهم، حتى يبلغوا رشدهم.

وليس له أن يعزل نفسه عن الوصاية متى قبلها بعد وفاة الموصي، ولا للقاضي أن يعزله إذا كان كفءاً أميناً، لأنه منصوب بإرادة الميت لا بإرادة القاضي (ر: الدر المختار أول باب الوصي). ولكنه إذا كان عاجزاً، أو خان في عمله المؤتَمن عليه أو قصَّر، يعزله القاضي عزلاً، ويضمّنه ما خان فيه أو قصَّر من حقوق القاصرين أو الوصيَّة.

وهذا الوصي الذي اختاره المتوفَّى في حياته يسمى: **الوصيّ المختار**، وهو الذي يكون العهد إليه من الموصي عقداً كما بيناه.

فإذا لم يعهد الإنسان في حياته بوصاية إلى أحد، وترك وصية مالية أو أولاداً، ينصب القاضي بمقتضى صلاحيته العامة وصيّاً لتنفيذ الوصيَّة المالية، وإدارة أموال الأولاد. فيسمى عندئذ **وصيّ القاضي**، ويكون نصبه هذا من أعمال القضاء الإدارية، لا عقداً بالمعنى الاصطلاحي في هذا المقام.

ويفترق الوصي المختار عن وصي القاضي بأحكام تتَّسع فيها صلاحية الأول عن الثاني.

ولإدارة أموال الأيتام نظام خاص في بلادنا منذ العهد العثماني قَيَّدت به صلاحيات الأوصياء، وألزموهم فيه بطرائق قانونية تحت إشراف مجلس يسمى: **مجلس الأيتام** مرتبط بالمحكمة الشرعية، وذلك حفظاً لحقوق الأيتام من التلاعب. ثم صدر لدينا قانون الأحوال الشخصية سنة /١٩٥٣ م/ فنظم هذه الأحكام من جديد.

وترى في كتاب (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) للمرحوم قدري باشا المصري أحكام الوصاية وصلاحيات الأوصياء ومسؤولياتهم مفصَّلة في المواد /٤٣٥ ـ ٤٨١/ منه؛ وأحكام الوصية في المواد /٥٣٠ ـ ٥٥٨/ ؛ وأحكام الزواج وما يتفرَّع عنه من طلاق ونسب ونفقة وولاية وغيرها في المواد /١ ـ ٤٣٤/ .

وكذا في المواد /١٧٦ ـ ١٩٩/ من قانون الأحوال الشخصية السوري، كما ترى في أبوابها الخاصة من سائر الكتب الفقهية الأخرى.

هذه صورة خاطفة تصوِّر للطالب حقيقة كل عقد وموضوعه ومميزاته.

وهذه الخلاصات، إذا كانت بالنسبة إلى العلماء الحقوقيين تعدُّ من البديهيات، فإنها بالنسبة إلى طالب الحقوق في بَدْء دراسته تعدُّ ضرورية نظراً للغاية التعليمية التي يهدف إليها هذا الكتاب. فهذه العقود ستمر أسماؤها أمام الطالب في شتى المناسبات والأمثلة قبل أن يصل إلى أبوابها الخاصة، فيجب تزويده بفكرة إجمالية ومعلومات أساسية عن كل منها.

الفصل السابع والأربعون

تصنيف العقود

١/٤٧ ـ جرت عادة المؤلفين القانونيين في نظرية العقد أن يبحثوا في تصنيف العقود قبل البحث في الأحكام العامة.

وقد رأينا نحن أن نؤخّر بحثنا في تقسيم العقود وتصنيفها إلى ختام مباحث الأحكام العامة للعقد، لكي يكون الطالب قد تزوّد بالمعلومات الكافية التي تساعده على فهم التقسيم والتصنيف.

٢/٤٧ ـ إنَّ العقود بوجه عام يختلف بعضها عن بعض في الأساس الذي تقوم عليه، والموضوع الذي تهدف إليه، والخصائص التي تمتاز بها، والصفات والأحكام التي تعتريها، وغير ذلك من الاعتبارات الشرعية.

وقد تشترك كل طائفة وزمرة منها في ناحية تجمعها من بعض الوجوه والاعتبارات، وإن كانت بينها مباينات وفوارق من نواح ووجوه أخرى.

فالإيداع والإعارة والإجارة والشركة مثلاً تشترك في أنها من عقود الأمانات: بمعنى أنَّ محلها وهو المال الذي يرد عليه العقد والتنفيذ، يعتبر في يد الوديع أو المستعير أو المستأجِر أو الشريك أمانة لا يكون مسؤولاً عما يصيبها من تلف فما دونه بغير تعديه عليها أو تقصيره في حفظها.

أما البيع والقسمة والصلح والقرض مثلاً فتعتبر من عقود الضمانات، فبمجرد تنفيذها بالتسليم يصبح المال الذي نفذت فيه مضموناً على العاقد القابض له. فما يصيب ذلك المال من تلف فما دونه ولو بآفة سماوية يكون على مسؤولية العاقد القابض وحسابه.

وفي الوقت نفسه نجد أنَّ هذين الصنفين المختلفين في ناحية الضمان قد تجمع بين أفراد منهما معاً جامعة من ناحية أخرى.

فالإيداع والإعارة والقرض هي من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتنفيذ والتسليم كما تقدَّم؛ بينما البيع والقسمة والصلح والإجارة والشركة ليست عقوداً عينية، بل تتم وتثبت أحكامها دون توقف على تنفيذ، فيملك المشتري المبيعَ، والمستأجِرُ المنفعةَ بمجرد الإيجاب والقَبول.

فمن ثم وجب تصنيف العقود إلى أصناف بمختلف الاعتبارات التي يميّز بها بين صنف وصنف، مما يكون التمييز فيه أساساً لنتائج وأحكام شرعية مختلفة، أو أساساً لترتيب هذه العقود على وجه يحقق التناسب والتناسق بينها تنظيماً لدراستها ومعالجة أحكامها.

فالعقود تصنف إلى أصناف مختلفة باعتبارات عديدة، كما يلي:

٣/٤٧ ـ (أولاً) بالنظر إلى التسمية وعدمها:

تصنَّف العقود بهذا النظر صنفين:

أ ـ **عقود مسمَّاة**، وهي التي أقرَّ التشريع لها اسماً يدل على موضوعها الخاص وأحكاماً أصلية تترتب على انعقادها، كالبيع والهبة والإجارة والشركة وغيرها مما تقدّم بيانه في الفصل السابق.

ب ـ وعقود **غير مُسمَّاة**، وهي التي لم يصطلح على اسم خاص لموضوعها، ولم يرتب التشريع لها أحكاماً تخصُّها.

والعقود غير المسماة كثيرة لا تنحصر لأنها تتنوع بحسب حاجة العاقد والموضوع المتَّفق عليه ضمن الغايات المشروعة، ويجمعها اسم **«العقد»** أو **«الاتفاق»**.

وقد نَشَأت في الفقه الإسلامي عقود جديدة كثيرة في عصور مختلفة، وسماها الفقهاء بأسماء خاصة وقرروا لها أحكاماً فأصبحت عقوداً مسماة،

كبيع الوفاء، وكعقد «الإجارتين» و «التحكير» في الأموال الموقوفة[١]؛ وكبيع «الاستجرار» الذي يعتبر فرعاً من البيع وهو من قبيل ما يسمى اليوم باسم «الحساب الجاري» (ر: رد المحتار ٤/ ١٢).

وقد تبقى بعض العقود زمناً بلا أسماء إلى أن يصطلح لها على اسم.

فمن ذلك في القديم بيع الوفاء الذي يتردد اعتباره بين البيع والرهن كما تقدم. (ف٤٦/ ٨).

وكذلك الاستصناع الذي كان يتردد اعتباره بين البيع والوعد والاستئجار.

ومن ذلك في هذا العصر عقد النشر والإعلان في الجرائد أو سواها من الوسائط. وكذا عقد «المضايفة» (النزول في الفنادق بالطعام والشراب) فإنه مركب من عقدين، فهو إجارة بالنسبة إلى المكان، والخدمة، وبيع بالنسبة إلى الطعام والشراب؛ فهذا العقد لمّا يوضع له اسم خاص رغم شيوعه وضرورته[٢].

(١) **عقد الإجارتين**: هو أن يتفق متولي الوقف مع شخص على أن يدفع مبلغاً يكفي لتعمير عقار الوقف **المبني المتوهن** عند عجز الوقف عن التعمير، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم في هذا العقار بأجر سنوي ضئيل.
وعقد التحكير: هو الاتفاق على إعطاء **أرض الوقف** الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم ويتصرّف فيها بالبناء والغرس وغيرهما كتصرف المالكين، ويرتب عليه أيضاً أجر سنوي ضئيل.
وهذان العقدان التجيء إليهما لعدم جواز بيع الوقف. وحق القرار الناشيء بهما يورث عن صاحبه ويباع. وقد نظمت القوانين لدينا أحكاماً تفصيلية لتحديد الحقوق بين الوقف وأصحاب حق القرار.
ولم نذكر هذين العقدين فيما عرضناه من العقود المسماة لأنهما ليسا من العقود الأساسية، بل من العقود الفرعية المتفرعة عن الإجارة.

(٢) في مشروع القانون الإيطالي الفرنسي الذي وضع ليكون قانوناً مدنياً موحداً لإيطاليا وفرنسا سمي هذا العقد باللغة الفرنسية «Hôtellerie» اشتقاقاً من كلمة «Hôte» بمعنى الضيف التي منها كلمة «Hôtel» بمعنى الفندق لأنه يتقبل ضيوفاً للمبيت لقاء أجرة.
وقد رأيت أن نسميه بالعربية **«مضايفة»** على سبيل الاشتقاق المماثل، لأن فيه بذلاً مالياً متقابلاً أساسه الضيافة.

وكذلك عقود التعهد والالتزام. فقد بحث فيها قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا، وهو القانون العثماني، وبقيت تحت ذلك العنوان العام، أي «**التعهد والالتزام**» مهما كان موضوعها حتى جاء القانون المدني السوري الجديد فسماها: **مقاولة**[1].

وكذلك عقود الشركات مع الدول التي تمنحها امتيازاً للتحري في أراضيها عن منابع الزيت والمعادن مما يدخل اليوم تحت عنوان «اتفاقيات».

والشرع الإسلامي لم يحصر التعاقد في موضوعات معينة يمنع تجاوزها إلى موضوعات أخرى، وليس في نصوص الشريعة ما يوجب تحديد أنواع العقود أو تقييد موضوعاتها إلا بأن تكون غير منافية لما قرره الشرع من القواعد والشراط العامة في التعاقد.

والمبدأ العام في هذا الشأن قول الله سبحانه: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ**﴾.

وهذا ما استقرَّ عليه النظر القانوني الحديث.

وقد كان للتمييز بين العقود المسمَّاة وغير المسماة نتائج هامة قديماً في القانون الروماني، إذ كان ذلك القانون إنما يقرُّ للتعاقد قوة ملزمة في العقود التي اعترف بها القانون وسماها، دون غيرها من الاتفاقات المختلفة إلا ضمن قيود وشرائط ضيِّقة عندما يقوم أحد الطرفين بتنفيذ ما تمَّ عليه الاتفاق.

وفي ظل الأحكام القانونية الحديثة اليوم، لم يبق من ثمرة قانونية لهذا التمييز لأنَّ للمتعاقدين أن يتعاقدوا على كل موضوع ضمن حدود حقوقهما الخاصة وحدود الآداب والنظام العام. وإنما تخضع العقود غير المسماة في

---

(١) وهي تسمية غير موفقة لأنها لا تدل على موضوعها. وقد عرف القانون المدني في المادة /٦١٢/ منه المقاولة بأنها:
«عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً، لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر».

تكوينها وأحكامها للقواعد العامة التي قررها التشريع لجميع العقود[١].

وما ثمرة تسمية العقود بناء على ذلك إلا ثمرة تسهيلية محضة. ذلك أنَّ العقد المسمى كثير الشيوع بين الناس في معاملاتهم، فيخص في التشريع والاجتهاد بنصوص تفصِّل أحكامه تسهيلاً للأمر على المتعاقدين حتى لا يحتاجا إلى الخوض في تفاصيل مقاصد العقد والتزاماته الأساسية، بل يعتمدان على ما نظمه التشريع فيها من أحكام. (ر: «نظرية العقد» للأستاذ السنهوري، ف/ ١٢٤ ـ ١٢٨).

هذا، وإن لقضية العقود المسماة وغير المسماة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ سلطان الإرادة وحرية الشروط التعاقدية كما تقدم بيانه هناك، فلينظر. (ف ١/٤١ و ٣/٤١).

٤/٤٧ ـ (ثانياً) بالنظر إلى المشروعية وعدمها:

تصنف العقود بهذا النظر صنفين:

١ ـ **عقود مشروعة**؛ وهي ما أجازها الشرع وأذِنَ بها، كبيع المال المتقوّم، والرهن، والهبة.

٢ ـ وعقود **ممنوعة**؛ وهي التي منعها الشرع ونهى عنها، كبيع الأجنَّة في بطون أمهاتها، وبيع الملاقيح والمضامين[٢]، مما كان معروفاً في جاهلية العرب فمنعته الشريعة الإسلامية.

---

(١) وهذا هو مقتضى أحكام القانون المدني السوري، وقبله مقتضى المادة / ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية السابق لدينا، كما تقدمت الإشارة إليه (ر: ف ٤٤/ ٤).

(٢) **بيع الملاقيح**: هو بيع ما ستحمل به إناث الحيوان.
وبيع المضامين: هو بيع ما سيتولد من فحول الحيوان (رد المحتار، ٤/ ١٠٢).
وقد كان ذلك معهوداً في الجاهلية تسليفاً على نتاج الأنساب المستجادة من الإبل والخيل، فنهى عنه النبي عليه الصلاة والسلام فيما نهى لما فيه من غَرَر ففي الحديث عن ابن عباس أن النبي ﷺ «نهى عن بيع المضامين والملاقيح...» (أخرجه الطبراني وقال الهيثمي: فيه إسماعيل بن أبي حبيبة وثقه أحمد، وضعفه جمهور الأئمة، مجمع الزوائد ٤/ ١٠٤). فيجب أن ينتظر النتاج حتى يجوز بيع المواليد.

وكذا عقد التبرع من مال القاصر، والعقد على ما ينافي الآداب العامة من الفواحش، أو على ما يخالف النظام العام، كالاستئجار على ارتكاب جريمة، ونكاح المتعة. فكل ذلك عقود ممنوعة غير مشروعة.

ونتيجة عدم مشروعية العقد أن يعتبر باطلاً غير منعقد، لفقدان إحدى شرائط الانعقاد كما تقدم. (ر: ف ٣١/١ و ٣١/٨).

٤٧/٥ ـ (ثالثاً) بالنظر إلى صحة العقد وعدمها:

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً:

١ ـ عقود **صحيحة**؛ وهي ما توافرت فيها جميع شرائطها الشرعية العامة والخاصة، في أصلها وفي نواحيها الفرعية، كبيع المال المتقوّم بثمن معلوم نقداً أو نسيئة إلى أجل معلوم، وكإجارة الشيء المعين بأجر مبيّن مدة محددة.

٢ ـ وعقود **فاسدة**؛ وهي التي اختلت بفقدان بعض شرائطها المتعلقة ببعض نواحيها الفرعية، كبيع الشيء بثمن مجهول، أي غير محدّد؛ أو بثمن معلوم لكنه مؤجّل إلى أجل مجهول. وكذا الإجارة مع جهالة الأجرة أو المدة[1].

وسنرى إيضاح معنى الفساد وحكمه في نظرية «المؤيِّدات التشريعية».

٤٧/٦ ـ (رابعاً) بالنظر إلى الصفة العينية:

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً:

١ ـ عقود **عينية**، وهي التي يشترط لتمامها شرعاً تسليم الشيء المعقود عليه. فلا يتم عقدها ولا يأخذ حكمه إلا بتنفيذها. وهذه هي العقود الخمسة المتقدمة (ف ٣٠/ ١٣).

٢ ـ وعقود **غير عينية**، وهي التي تتم وتأخذ حكمها بمجرد عقدها كسائر العقود الأخرى.

(١) لم نصنف العقود إلى منعقدة وباطلة، لأنَّ الباطل معدوم شرعاً، فلا يعتبر صنفاً.

٤٧/ ٧ ـ (خامساً) بالنظر إلى الشكلية:

تصنّف العقود بهذا النظر إلى صنفين أيضاً:

١ ـ عقود شكلية تخضع في عقدها لشيء من الشرائط الشكلية والمراسم التي يفرضها التشريع، كعقد الزواج إذ يشترط لصحته الإعلان بالإشهاد عليه كما تقدم[1]، وكالعقود المنشئة للحقوق العينية على العقار من

---

(١) في البلاد التي أخذ تشريعها الوضعي بطريقة الزواج المدني كفرنسا وسويسرة وغيرهما من البلاد الغربية تكون علنية عقد الزواج بطريق التسجيل في السجل المدني لدى ضابط الأحوال المدنية. ولا يعتبر الزواج دون هذا التسجيل ولو كان مشهوداً ومشهوراً.

وفي فرنسا توجب المادة /٧٥/ من قانونها المدني حضور الخطيبين بالذات أمام ضابط الأحوال المدنية لإعلان زواجهما بحضرته والتوقيع على محضر العقد، ولا تقبل الوكالة في عقد الزواج.

(ر: دالوز، موجز القانون المدني Précis de Droit Civil ج ١ ف/١٠١).

وقد أخذت تركيا الحديثة (بعد إعلان حكومتها اللادينية) بمبدأ الزواج المدني في قانونها الحديث. ولكن عامة الشعب لم تستطع التقيد بالطريقة المدنية، نظراً إلى أن الطريقة الشرعية في إعلان الزواج بالإشهاد تفيد الحل الديني في هذا الموضوع الذي له ارتباط بالعقيدة. فكانت النتيجة أن أصبحت الحكومة التركية الآن أمام مشكلة كبرى: هي وجود جيش لجب من الأولاد الذين يعتبرون غير شرعيين في نظر القانون والقضاء ولا ثابتي الأنساب ولا متمتعين بالحقوق الأسرية التي تتفرّع عن النسب، بينما هم شرعيون بنظر الشرع الإسلامي الذي يدين به المتعاقدون من أفراد الشعب التركي المسلم.

وهذا من نتائج التقليد الأعمى في أخذ القوانين الأجنبية غير الملائمة في مبانيها للبيئة والشعب والعقيدة والأوضاع الاجتماعية.

وفي بلادنا السورية أوجب قانون حقوق العائلة الصادر في عهد الحكومة التركية العثمانية، وكذا قانون النفوس، إجراء عقد النكاح بمعرفة المحكمة الشرعية وتسجيله في سجل الأنكحة فيها وفي سجل النفوس (الأحوال المدنية)، وذلك لأجل التحقق من انتفاء الموانع الشرعية والصحية وتنظيم الإثبات في الزواج وما يتفرع عنه من حقوق عند الاختلاف، ولتنظيم أحوال النفوس وقيود المواليد والإحصاءات بصورة مضبوطة. غير أن عقد الزواج المعقود وفقاً لشرائطه الشرعية خارج إشراف المحكمة ودون تسجيل هو معتبر بمقتضى هذه النصوص القانونية لدينا، وينتج جميع النتائج =

ملكية أو رهن أو ارتفاق إلخ. . . إذ يشترط في الأحكام القانونية تسجيلها في السجل العقاري: وذلك إما لأجل انعقادها؛ وإما لكي تَسْري آثارها، ويحتج بها على غير العاقدين، بحسب ما يتجه إليه التقنين من هذه التدابير على ما سلف بيانه (ر: ف ٣١/٥).

٢ ـ وعقود رضائية غير شكلية وهي التي لا تخضع في انعقادها إلا لمجرد التراضي، كمعظم العقود[١]. وقد رأينا قبلاً أنَّ العقد في الشريعة الإسلامية قد ولد رضائياً رأساً دون أن يمر بمراحل الشكلية التي مرَّ بها نظام التعاقد في الشرائع الوضعية. وهذه المزية مدينة للمصدرية الدينية في الشرع الإسلامي (ر: ف ٤١/٣).

٤٧/٨ ـ (سادساً) بالنظر إلى النفاذ:

تصنف العقود بهذا النظر صنفين كذلك:

١ ـ عقود **نافذة**: وهي الخالية من كل حق لغير العاقدين يوجب توقفها على إرادته، ومن كل مانع آخر يمنع نفاذها.

٢ ـ وعقود **موقوفة**: وهي التي فيها تجاوز على حق لغير عاقديها

= والحقوق الأسرية والمدنية التي تتفرغ عنه متى أعلنه الزوجان أمام المحكمة الشرعية أو أثبته أحدهما. ولكن إجراء عقده هكذا دون واسطة المحكمة يعتبر مخالفة تستوجب عقوبة معينة على الزوجين ومن تولى إجراء العقد بينهما وعلى الشهود.

وهذا ما أقره قانون الأحوال الشخصية لدينا، وهو أصلح التدابير في هذا الموضوع وأعدلها وهو مقبول شرعاً.

وترى بذلك أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية هو أيسر وأقل شكلية منه في غيرها حتى في أحدث الشرائع الوضعية البحتة.

(١) شكلية العقود تسير إلى اتساع في الأحكام القانونية اليوم في كل ما له صلة بسياسة التشريع ونظام القضاء، أو بالضرائب المالية.

والوكالة بالخصومة لا تعتبر أمام القضاء إلا إذا كانت مسجلة ومصادقاً على صكها بطرق مخصوصة.

وعقد الشركة القانونية لا ينعقد إلا بصك مكتوب وفقاً للمادة / ٤٧٥/ من القانون المدني.

يوجب توقفها على إرادته وإجازته، كعقد الفضولي، أو فيها مانع آخر يمنع نفاذها، كالإكراه، مما تقدم بيانه في بحث عدم النفاذ (ر: ف ٣٨/٦).

٩/٤٧ ـ (سابعاً) بالنظر إلى اللزوم وقابلية الفسخ:

تصنف العقود بهذا النظر أربعة أصناف:

١ ـ عقد لازم بحق الطرفين ولا يقبل الفسخ بطريق الإقالة، وهو عقد الزواج؛ فإنه لا يرتفع بالتقايل، كما تقدم (ف ٤٦/ ٢٥). أي إنه لا يقبل الإلغاء الاتفاقي، ولكنه يقبل الإنهاء بطرق شرعية مخصوصة، كالتطليق، والمخالعة، وكالتفريق القضائي والفسخ عند وجود أسبابهما الشرعية، مما هو مبين في مواطنه من كتب الفقه، وفي المواد /١١٩ ـ ١٣٠/ من قانون حقوق العائلة العثماني السابق، وفي فصل انحلال الزواج من قانون الأحوال الشخصية لدينا[1].

٢ ـ وعقود لازمة بحق الطرفين ولكنها تقبل الفسخ والإلغاء بطريق الإقالة أي باتفاق العاقدين، كالبيع والصلح وسائر العقود اللازمة الأخرى.

٣ ـ وعقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط، كالرهن والكفالة؛ فإنهما لازمان بالنسبة إلى الراهن والكفيل. وغير لازمين بالنسبة إلى الدائن المرتهن والمكفول له، لأنهما لمصلحته الشخصية توثيقاً لحقه، فله التخلي عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة.

---

(١) من الأدلة على أن التطليق وبقية أسباب الفرقة بين الزوجين ليست من قبيل إلغاء العقد في النظر الشرعي، بل من قبيل الإنهاء كما أوضحناه هنا، أنَّ حرمة المصاهرة الثابتة بالنكاح لا ترتفع بالتطليق أو التفريق؛ فأم الزوجة مثلاً تبقى محرمة على صهرها زوج ابنتها أبداً ولو طلقها.

وقد استشكل صاحب جامع الفصولين قول الفقهاء: «**إن النكاح لا يحتمل الفسخ**» بأنَّ النكاح ينفسخ بعد تمامه بالردة، وبما إذا ملك أحد الزوجين الآخر إذا كان رقيقاً. (جامع الفصولين، الفصل /٢٥/ في الخيارات ج ١ ص /٣٣٤/ طبعة المطبعة الأزهرية).

ويزول هذا الإشكال بما بيناه من التمييز بين الإنهاء والإلغاء. فمعنى قولهم لا يقبل الفسخ: أنه لا يقبل الإلغاء.

٤ ـ وعقود غير لازمة أصلاً بحق كلا الطرفين؛ وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع والإلغاء؛ كالإيداع والإعارة والوكالة، مما تقدَّم بيانه في بحث اللزوم من الآثار العامة للعقود (ف ٤٠/٣ ـ ٤٠/٥).

٤٧/ ١٠ ـ (ثامناً) بالنظر إلى تبادل الحقوق:

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف:

١ ـ **عقود المعاوضات**؛ وهي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئاً ويعطي في مقابله شيئاً. وذلك كالبيع والإجارة، والصلح عن مال بمال.

٢ ـ **وعقود التبرعات**؛ وهي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للآخر، كالهبة والإعارة.

٣ ـ وعقود تحوي معنى التبرع **ابتداء**، والمعاوضة **انتهاء**؛ كالقرض والكفالة بأمر المدين، والهبة بشرط العوض:

ـ فالمقرض متبرع بإسعاف المقترض بالمال الذي يعوزه.

ـ والكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين.

ـ والواهب الذي يهب على شرط أخذ عوض عن هبته متبرِّعٌ أيضاً بما يعطي.

ولكن عندما يستردُّ المقرض نظيرَ ما أقرض، ويرجع الكفيل على المدين بنظير ما دفع عنه، ويأخذ الواهب من الموهوب له شيئاً مقابلاً لهبته، يؤول العقد وينتهي إلى معاوضة.

ونتيجة ذلك أن تطبق على العقد في ابتدائه شرائط التبرع، وفي انتهائه أحكام المعاوضة. فتشترط في هذه العقود أهلية العاقد للتبرع: فلا تقبل الكفالة من القاصر مثلاً، ويجري حكم البيع في عوض الهبة فيرد بالعيب مثلاً، ويؤخذ بالشفعة إن كان عقاراً. (المجلة/ ٦٢٨ و ١٠٢٢). فلو كانت

الكفالة بدون أمر المدين، بأن تطوع شخص بالكفالة عنه بلا تكليف منه، تكون تبرُّعاً من كل وجه، إذ ليس للكفيل عندئذ حق الرجوع على المدين بما يدفع عن ذمته من دينه (ر: الدر المختار ٤/ ٢٧١ ـ ٢٧٢).

٤٧/ ١١ ـ (تاسعاً) بالنظر إلى الضمان وعدمه:

تصنف العقود بهذا النظر ثلاثة أصناف:

١ ـ عقود **ضمان**؛ وهي التي يعتبر المال المنتقل، بناء على تنفيذها، من يد إلى يد مضموناً على الطرف القابض له. فمهما يصيبه من تلف فما دونه، ولو بآفة سماوية، يكون على مسؤوليته وحسابه.

وهذه العقود هي: البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وإقالة هذه العقود.

٢ ـ وعقود **أمانة**؛ وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد قابضه لحساب صاحبه. فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف فما دون إلا إذا تعدى عليه أو قَصَّر في حفظه.

وهذه العقود هي الإيداع، والإعارة، والشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية.

٣ ـ وعقود **مزدوجة الأثر**؛ فتنشىء الضمان من وجه، والأمانة من وجه.

وهذه العقود هي: الإجارة، والرهن، والصلح عن مال بمنفعة.

فالإجارة يعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر، لكن منافعه المعقود على استيفائها مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها. فلو ترك المأجور دون أن ينتفع به حتى مضت مدة الإجارة يكون ما فات من المنافع فائتاً على حسابه، وتلزمه الأجرة التي هي قيمة تلك المنافع (المجلة/ ٤٧٠).

والصلح عن مال بمنفعة يعتبر في حكم الإجارة كما تقدم في بحث تقسيم العقود (ر: ف ١٨/٤٦).

فالمال الذي يقدمه أحد المتصالحين لتكون منفعته خلال مدة معينة بدلاً متصالحاً عليه في عقد الصلح يعتبر كالمأجور في يد المستأجر. فمنافعه تمضي مضمونة على حساب القابض، فيعد بمضيها مستوفياً لبدل الصلح. أما عين المال فأمانة في يده.

والمال المرهون مضمون منه على المرتهن ما يعادل الدَّين، والزائد أمانة في يده كما تقدم (ر: ف ٢١/٤٦).

١٢/٤٧ ـ ضابط التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة:

والمبدأ الشرعي الذي يقوم على أساسه التمييز بين عقود الضمانات وعقود الأمانات، بحسب ما يوحي به استقراء الأحكام واستنطاق عللها الفقهية في شتى المناسبات، هو أنَّ فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى **المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلاً**. وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة. ويكون القابض ضامناً في هذه الناحية. أما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة؛ وتنفيذه بالتسليم والتسلم يجعل القابض أميناً على المال المقبوض.

وتخريجاً على هذا المبدأ نرى:

أ ـ أنَّ عقد البيع يعتبر عقد ضمان مطلقاً. وكذا عقد الصلح عن مال بمال. ذلك لأنَّ قبض المال المعقود عليه فيهما إنما هو قبض على أساس الاستيفاء لما استحقه القابض في مقابل عوض.

وكذلك عقد القرض، لأنَّ المال إنما يقبض فيه امتلاكاً على أساس الإيفاء برد مثله عوضاً عنه. فهو معاوضة انتهاءً ومالاً كما تقدم.

ب ـ أما عقد الإجارة فإنَّ المعاوضة فيه إنما هي بين الأجرة والمنفعة دون عين المأجور، وليس تسليم العين إلا وسيلة ضرورية لاستيفاء منفعتها.

فتعتبر الإجارة عقد ضمان بالنسبة إلى الأجرة والمنفعة لأنهما محل المعاوضة ومتعلقها. ويكون المؤجر ضامناً للأجرة التي يتسلمها، والمستأجر ضامناً للمنافع التي تصبح تحت تصرفه.

أما عين المأجور في يد المستأجر فالعقد في حقها عقد أمانة.

وكذلك عقد الرهن. فإن قبض المرهون إنما هو قبض على أساس الاستيفاء عند الاقتضاء إلى جانب معنى الاستيثاق كما تقدم (ف ١٩/٣).

والاستيفاء هنا معاوضة. لكن الاستيفاء من المرهون محدَّدٌ بمقدار الدين. فيكون الزائد من المرهون أمانة، إذ لا معاوضة بالنسبة إليه.

ج ـ وأما عقود الإعارة، والوكالة، والشركة، ونحوها فإنها خالية خلواً تاماً من معنى المعاوضة. فتعتبر عقود أمانة، ويكون مال الموكل في يد وكيله، ومال القاصر في يد وصيه، ومال الشريك في يد شريكه، والعارية في يد مستعيرها، كل ذلك أمانة محضة غير مضمونة بمقتضى العقد، كالوديعة[1].

---

(١) جاء في آخر بحث شركة العنان من «الهداية» ما نصه:

«**ويد الشريك في المال يد أمانه، لأنه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة، فصار كالوديعة**» اهـ.

(ر: الهداية وفتح القدير ٥/٤٠٤).

فأفاد بمفهومه أنَّ القبض المضمون هو ما كان واقعاً على ملك للغير بلا إذنه، كقبض المغصوب، أو كان واقعاً تنفيذاً لعقد مبادلة أي معاوضة كقبض المبيع، أو على سبيل التوثيق كقبض المرهون.

وقد وجدنا في هذا النص خاصة، وفي الأحكام المقررة لكل عقد بوجه عام، مستند هذا الضابط الذي ذكرناه للتمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة. وبما أن بحثنا عن عقد الضمان لا عن قبض الضمان فلا حاجة إلى ذكر الإذن وعدمه.

وقد رأينا إمكان الاستغناء بعلة «المعاوضة» عن علة «التوثيق»، لأن المقصود بذكر التوثيق تعليل ضمان الرهن وما في حكمه، وهذا يمكن رده إلى ما في الرهن من معنى المعاوضة مآلاً كما أوضحناه.

۱۳/٤٧ ـ (عاشراً) بالنظر إلى غاية العقد:

تصنف العقود بهذا النظر خمسة أصناف:

١ ـ ما غايته **التملك لعين أو منفعة**؛ كالبيع، والهبة، والوصية، والإجارة، والإعارة.

٢ ـ وما غايته **الاشتراك**؛ كالشركة، والمضاربة، والمزارعة.

٣ ـ وما غايته **التوثيق**؛ كالرهن، والكفالة.

٤ ـ وما غايته **التفويض** والإنابة؛ وهو الوكالة، والوصاية.

٥ ـ وما غايته **الحفظ**، وهو عقد الإيداع.

١٤/٤٧ ـ (حادي عشر) بالنظر إلى الفورية والاستمرار:

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً:

أ ـ **عقود فورية**: وهي التي لا يحتاج تنفيذها إلى زمن ممتد يشغله باستمرار، بل يتم تنفيذها فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان، كالبيع ولو بثمن مؤجّل، والصلح، والقرض، والهبة. فإنَّ تنفيذ هذه العقود باستيفاء كل عاقد ما يسوغه العقد استيفاءه يتم وتنقضي به الالتزامات في آن واحد.

ب ـ وعقود **مستمرة**: وهي التي بحسب موضوعها، يستغرق تنفيذها مدة ممتدة من الزمن بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً في تنفيذها. ولذلك تسمى أيضاً **عقوداً زمنية**. وذلك كالإجارة، والإعارة، وشركة العقد، والوكالة. فإنَّ تنفيذ هذه العقود وأمثالها باستيفاء منافع المأجور والعارية، وبممارسة أعمال الشركة والوكالة، يحتاج إلى وقت متَّسع يسري حكم العقد فيه باستمرار.

ويعتبر من هذا القبيل اليوم في النظر القانوني عقد الاشتراك في الصحف الدورية من جرائد ومجلات، والتعهد بتقديم بعض الأرزاق

والأطعمة يومياً إلى صاحب مطعم أو فندق أو مستشفى مثلاً، فإنه يعتبر عقداً مستمراً ولو كان في الحقيقة من قبيل البيع. ويسمى في الاصطلاح القانوني: عقد التوريد. (ر: **نظرية العقد للأستاذ السنهوري ف/١٤٧ - ١٤٨**).

٤٧/ ١٥ ـ نتائج التمييز بين العقود الفورية والاستمرارية:

وإن لهذا التمييز بين العقود الفورية والعقود الاستمرارية نتائج هامة اتفق فيها النظر الشرعي الإسلامي والنظر القانوني الحديث، أهمها أمران:

١ ـ أنَّ العقد الفوري كالبيع مثلاً إذا فسخ يكون فسخه مستنداً إلى الماضي، فيوجب التراد فيما نفذ من التزامات العاقدين.

أما العقد المستمر ففسخه يكون مقتصراً غير مستند، أي بلا أثر رجعي كما تقدم في بحث انحلال العقود (ف ٤٥/ ٤).

٢ ـ انَّ الالتزامات المتقابلة في عقد المعاوضة المستمر إنما تثبت بصورة متناظرة بين الطرفين شيئاً فشيئاً. فما تمَّ منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر.

ففي عقد الايجار الذي تتقابل فيه المنفعة بالأجرة إنما يتحقق ويستقر التزام المستأجر بالأجرة تدريجياً كلما انتفع، وبقدر ما انتفع. (ر: نظرية العقد للأستاذ السنهوري، ف/١٤٧ ـ ١٤٩).

حتى إنه إذا اشترط تعجيل الأجرة لا يستقر الالتزام بها في ذمة المستأجر ـ ولو استحق عليه تعجيلها ـ إلا مجزأً بحسب ما يمضي من منافع المأجور تدريجياً على حساب المستأجر.

فلو فَسَخ العقد قبل انقضاء مدة الإجارة يسترد من الأجرة ما أسلف عن المدة الباقية.

وقد صرَّح فقهاؤنا أنَّ الأصل في الإجارة أن يستحق المؤجر المطالبة

بالأجرة لحظة فلحظة. ولكن لصعوبة ذلك وتعذره جعل له حق المطالبة بأجرة الدار يوماً فيوماً، وبأجرة الدابة مرحلة فمرحلة، إلا أن يكون هناك شرط أو عرف مخالف. (ر: الهداية وشرحها ٨/١٦ ـ ١٧/ ورد المحتار ٩/٥).

٣ ـ انَّ عقد المعاوضة المستمر يعتبر في النظر الفقهي بمثابة عقود متجدِّدة في المدة التي يستغرقها تنفيذه.

وعلى هذا كان عقد الإجارة يحق للمستأجر فسخه بطروء العيب **الحادث** على المأجور وهو في يده، كما يحق له فسخه بظهور العيب القديم فيه. وهذا بخلاف عقد البيع الفوري، فإنه لا يحق للمشتري فسخه بالعيب الحادث في المبيع بعد قبضه إياه، بل بالعيب القديم الموجود فيه قبل التسليم. (ر: المجلة/ ٣٣٧ و ٣٣٩ و ٥١٥).

فباعتبار التجدُّد في عقد الإجارة مع آناء الزمن يصبح العيب الحادث في المأجور عيباً قديماً بالنسبة إلى المستقبل.

١٦/٤٧ ـ (ثاني عشر) بالنظر إلى الأصلية والتبعية:

تصنف العقود بهذا النظر صنفين أيضاً:

أ ـ عقود **أصلية**؛ وهي كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير مرتبط بأمر آخر على سبيل التبعية له في الوجود والزوال. وذلك كالبيع، والإجارة، والإيداع، والإعارة إلخ. . .

ب ـ وعقود **تبعية**؛ وهي كل عقد يكون تابعاً لحقٍ آخر ومرتبطاً به في وجوده وزواله كاتصال الفرع بأصله. وذلك كالرهن، والكفالة.

فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيره، فلا ينعقدان ابتداءً إذا لم يكن في مقابلهما حقٌ آخر ثابت أو متوقَّع.

وينعقد الرهن في مقابل دَين موعود. كما لو وعد إنسان آخر بأن يقرضه مبلغاً، وأخذ منه رهناً سَلَفاً في مقابله.

وتنعقد الكفالة في مقابل ما سيثبت من دين؛ كما لو قال لآخر: بايع فلاناً، وما ثبت لك عليه فأنا كفيل به. (ر: الدر ٢/ ٢٥٢ و ٢٩٨).

وكما لا ينعقدان ابتداءً إلا في مقابل حق آخر، يزولان بزوال ذلك الحق المقابل كما يسقط كل فرع بسقوط أصله. فلو أبْرأ الدائنُ المدينَ الأصيل سَقَطت الكفالة أيضاً عن الكفيل تبعاً لسقوط الدَّيْن. ومثل ذلك يقال في الرهن، فإنه يبطل بإبراء الدائن المدين[1].

---

(١) جاء في كتاب «نظرية العقد» للأستاذ العلامة السنهوري (ف/ ١٥٠) تعريف العقد التبعي بأنه: **«هو العقد الذي يكون تابعاً لعقد أصلي وجد قبله»**.
ويتَّضح مما بيناه أنَّ هذا التعريف لا يستقيم للملاحظات التالية:
١ ـ لأنَّ الرهن والكفالة قد يعقدان توثيقاً لدين ناشىء عن فعل لا عن عقد أصلاً، كالكفالة والرهن في مقابل ضمان الإتلاف.
٢ ـ ولأنَّ الديون الناشئة عن عقد، كثمن المبيع وبدل الصلح وأجرة المأجور، لا يكون الرهن والكفالة في مقابلها تابعين للعقد الذي أنشأ الحق أو الالتزام، بل تابعين للحق الناشىء بذلك العقد. ولذا لو أبرأ البائع المشتري عن الثمن يبرأ الكفيل بالثمن ويسقط الرهن المأخوذ به أيضاً مع بقاء عقد البيع نافذ الحكم.
٣ ـ ولأنَّ العقد التبعي قد تكون تبعيته لحق سيوجد بعده، وليس من الضروري أن يكون قد وُجد قبله. وذلك كالرهن لقاء الدين الموعود، والكفالة بما سينشأ ويثبت للمكفول له على المكفول من حقوق، على نحو ما بيناه آنفاً.
فالصواب تعريف العقد التبعي، كما فعلنا، بأنه: **«هو العقد الذي يكون تابعاً لحق آخر»**.

فهرس موجز لموضوعات
المدخل الفقهي العام بجزئيه[1]

الجزء الأول

الباب الأول: تمهيد وتعريف وتقسيم

الباب الثاني: مصادر الفقه الإسلامي

الباب الثالث: أدوار تطور الفقه الإسلامي ومميزاتها

الباب الرابع: حول استمداد التقنين المعاصر من الفقه الإسلامي

---

(١) (الفهرس التفصيلي في نهاية الكتاب ـ أرقام الفصول والأبواب مبينة في أعلى صفحات الكتاب)

بالفصل ٢١) حول عقوبة الزنا؛ **(ملحق ثان بالفصل ٢١)** مشكلة الفائدة الربوية؛ **(الفصل ٢٢)** القوانين المدنية وفضل بنائها من الفقه؛ **(ملحق أول بالفصل ٢٢)** مقررات مؤتمرات دولية عن الفقه؛ **(ملحق ثان بالفصل ٢٢)** تقنين الفقه والتقنين منه؛ **(ملحق ثالث بالفصل ٢٢)** النظام الجنائي وفق الشريعة.

الباب الخامس: نظرية الملكية في الفقه الإسلامي

(الفصل ٢٣) تعريف الملك وبيان أسبابه؛ **(الفصل ٢٤)** تقسيم الملك وتقسيم أسبابه؛ **(الفصل ٢٥)** خصائص الملكية؛ **(الفصل ٢٦)** الفرق بين التمليك والإباحة.

الباب السادس: نظرية العقود وما إليها في الفقه الإسلامي

(الفصل ٢٧) معلومات تمهيدية عن العقد؛ **(الفصل ٢٨)** ألفاظ اصطلاحية في نظرية العقد؛ **(الفصل ٢٩)** قوام العقد؛ **(الفصل ٣٠)** صيغة العقد وما إليها؛ **(الفصل ٣٠ ملحق)** هل من لفظية في الفقه؟؛ **(الفصل ٣١)** الشرائط العامة لانعقاد العقود؛ **(الفصل ٣٢)** الإرادة العقدية؛ **(الفصل ٣٣)** صورية العقد؛ **(الفصل ٣٤)** عيوب الرضا ـ الإكراه؛ **(الفصل ٣٥)** عيوب الرضا ـ الخلابة؛ **(الفصل ٣٦)** عيوب الرضا ـ الغلط؛ **(الفصل ٣٧)** عيوب الرضا لاختلال تنفيذ العقد؛ **(الفصل ٣٨)** آثار العقد ـ النفاذ؛ **(الفصل ٣٩)** آثار العقد ـ الإلزام؛ **(الفصل ٤٠)** آثار العقد ـ اللزوم؛ **(الفصل ٤١)** سلطان الإرادة العقدية: نظرة عامة، **(الفصل ٤٢)** الاجتهادات في سلطان الإرادة العقدية؛ **(الفصل ٤٣)** الشروط العقدية؛ **(الفصل ٤٤)** سلطان الإرادة في الفقه الأجنبي؛ **(الفصل ٤٥)** انحلال العقد؛ **(الفصل ٤٦)** عرض لأهم العقود المسماة؛ **(الفصل ٤٧)** تصنيف العقود.

الجزء الثاني

الباب السابع: نظرية المؤيدات الشرعية في الفقه الإسلامي

(الفصل ٤٨) منشأ المؤيدات وتعريفها وتقسيمها؛ **(الفصل ٤٩)** المؤيدات التأديبية ـ العقوبات المقدرة؛ **(الفصل ٥٠)** المؤيدات التأديبية ـ العقوبات المفوضة؛ **(الفصل ٥١)** المؤيدات المدنية: نظرية البطلان ـ نظرة عامة؛ **(الفصل ٥٢)** سبب البطلان؛ **(الفصل ٥٣)** نتائج البطلان؛ **(الفصل ٥٤)** نظرية الفساد: نظرة عامة؛ **(الفصل ٥٥)** الأسباب العامة لفساد العقد؛ **(الفصل ٥٦)**نتيجة الفساد وما إليها؛ **(الفصل ٥٧)** موقف القانون من الفساد؛ **(الفصل ٥٨)** نظرية البطلان في الفقه الأجنبي.

الباب الثامن: نظرية الأهلية والولاية

(الفصل ٥٩) معنى الأهلية وتعريفها وأنواعها؛ **(الفصل ٦٠)** الطور الأول للأهلية: طور الاجتنان؛ **(الفصل ٦١)** الطور الثاني للأهلية: طور الطفولة؛ **(الفصل ٦٢)** الطور الثالث للأهلية: طور التمييز **(الفصل ٦٣)** الطور الرابع للأهلية: طور البلوغ؛ **(الفصل**

٦٤) الطور الخامس للأهلية: طور الرشد؛ **(الفصل ٦٥)** عوارض الأهلية؛ **(الفصل ٦٦)** الولاية أو النيابة الشرعية؛ **(ملحق أول بالباب الثامن)** مآخذ على العرض التقليدي لعوارض الأهلية؛ **(ملحق ثان بالباب الثامن)** مزية تركيزنا الجديد لنظرية الأهلية.

الباب التاسع: نظرية العرف

(الفصل ٦٧) منشأ العرف والعادة وتعريفهما؛ **(الفصل ٦٨)** تقسيم العرف؛ **(الفصل ٦٩)** سلطان العرف؛ **(الفصل ٧٠)** شرائط اعتبار العرف؛ **(الفصل ٧١)** اصطدام العرف بنص تشريعي خاص؛ **(الفصل ٧٢)** العرف المقارن لنص عام يعارضه؛ **(الفصل ٧٣)** العرف الحادث بعد نص عام يعارضه؛ **(الفصل ٧٤)** تعارض العرف والاجتهاد؛ **(الفصل ٧٥)** القرائن العرفية؛ **(الفصل ٧٦)** العرف وتغير الزمان: نظرة عامة؛ **(الفصل ٧٧)** تغير الأحكام الاجتهادية لفساد الزمان؛ **(الفصل ٧٨)** تغير الأحكام الاجتهادية لتطور الوسائل.

الباب العاشر: القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

(الفصل ٧٩) معنى القواعد الفقهية ومكانتها؛ **(الفصل ٨٠)** لمحة تاريخية عن صياغة القواعد؛ **(الفصل ٨١)** شرح قواعد المجلة وتصنيفها؛ **(ملحق بالفصل ٨١)** صياغة جديدة لقاعدة «من استعجل الشيء..»؛ **(الفصل ٨٢)** نظرة تحليلية في قواعد الإِثبات؛ **(ملحق بالفصل ٨٢)** قواعد المجلة مرتبة هجائياً؛ **(الفصل ٨٣)** قواعد أخرى.

قائمة فهارس الكتاب ومراجعه

الفهرس الهجائي؛ فهرس الأعلام؛ ثبت بأهم المراجع؛ فهرس الموضوعات.

فهرس الموضوعات المفصَّل

للجزء الأول

الفِقهُ الإسلاميّ في ثوبه الجديد

(٢)



المدخل الفقهي العام

إخراج جديد

بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات

تأليف

مصطفى أحمد الزرقا

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني

في كلية الشريعة وفي كلية الحقوق بجامعة دمشق سابقاً

الجزء الثاني

دار القلم

دمشق

الطَّبعَةُ الثَّانِيَةُ

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

حُقوقُ الطبْع محفوظَة

تُطلبُ جميعُ كتُبنا مِنْ :

دَارُ القَلَم - دمَشق : ص.ب : ٤٥٢٣ - ت : ٢٢٢٩١٧٧

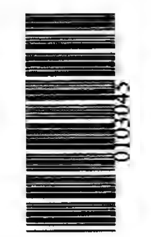
الدَّار الشَامِيَّة - بَيروت - ت : ٦٥٣٦٥٥ / ٦٥٣٦٦٦

ص.ب : ١١٣/٦٥٠١

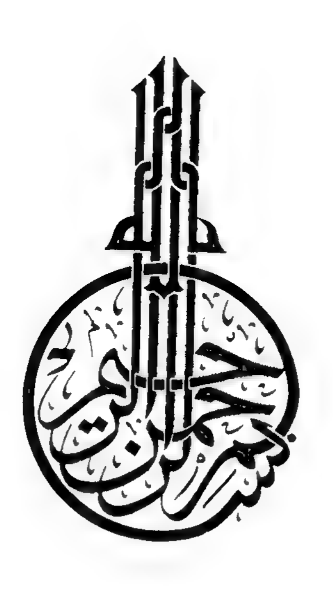
توزّع جميع كتبنا في السّعوديّة عن طريق

دَارُ البَشير - جدّة : ٢١٤٦١ - ص.ب : ٢٨٩٥

ت : ٦٦٠٨٩٠٤ / ٦٦٥٧٦٢١




المدخل الفقهي العام



الباب السابع

نظرية المؤيدات الشرعية في الفقه الإسلامي

مخطط إجمالي للباب السابع



الفصل الثامن والأربعون

منشأ المؤيِّدات، وتعريفها، وتقسيمها

المطلب الأول: منشأ المؤيدات

٤٨/ ١ ـ الشرائع إنما تؤسَّسُ لتنظيم علاقات الناس، ولصيانة مصالحهم العامة والخاصة، وإقامة العدل، ومنع العدوان بينهم.

ومن أهم خصائص التشريع العملي أنه إلزامي يجب أن يخضع له المكلفون، ويحترموا أوامره ونواهيه، ويلتزموا الجادة التي خطَّها لهم في **أعمالهم ومعاملاتهم** المولدة للحقوق بينهم.

ـ والمراد بالأعمال جميع الأفعال المادية التي تصدر عنهم، كالسير، والكلام، والأكل، والشرب، والركب، والاستعمال، والاستهلاك، والحيازة إلخ... مما يمكن أن ينشأ عنه حق، ولو لم يقصد الفاعل بفعله إلى إنشاء هذا الحق.

ـ والمراد بالمعاملات التصرُّفات المدنية، أي التي يقصد بمباشرتها إنشاء الحقوق أو إسقاطها بين شخصين فأكثر، سواء أكانت من تصرفات الإرادة المنفردة، كالطلاق، والإبراء، والوقف؛ أو كانت من العقود ذات الطرفين، كالبيع والشركة (ر: ف ٦٨/ ٣).

٤٨/ ٢ ـ ففي جميع الأعمال والمعاملات يجب أن يراعى نظام التشريع، وتحترم أوامره:

أ ـ ففي الأعمال العادية إذا سار الإنسان مثلاً ساعياً في شؤونه وحاجاته يجب أن يتقيَّد بنظام السير، وأن لا يتخذ أرض غيره طريقاً.

ومن كلَّم سواه أو تكلم عنه يجب أن لا يجرح كرامته وحرمته بإهانة أو سب أو قدح.

ومن أكل أو شرب أو استعمل أو استهلك أو احتاز واستولى يجب أن ينحصر عمله في نطاق ماله وحقوقه، أو نطاق سلطته وصلاحيته، فلا يمس في ذلك شيئاً من مال غيره أو حقوقه؛ وهلم جراً...

ب ـ وفي المعاملات من العقود وسائر التصرُّفات المدنية يجب أن يتقيَّد الإنسان بالطرق والمراسم والأشكال وسائر الشرائط التي يحدِّدها التشريع ويوجبها، لأنه لم يوجبها إلا لمصلحة قدَّرها الشارع. ولمنع مشكلات يلحظ أنها قد تنشأ من عدم مراعاتها.

فيجب مثلاً في العقد أن يحصل تبادل الإرادتين بصورة جازمة واضحة، وأن يكون العاقد ذا أهلية للعقد، وأن يكون المعقود عليه معلوماً ليمكن التنفيذ وقطع النزاع بلا إشكال، وأن لا يكون موضوعه عملاً أو أمراً يمنعه الشرع، وأن يجري وفقاً للمراسم الشكلية التي يفرضها التشريع القائم؛ بأن يكون العقد مثلاً معلناً بحضرة شهود فيما يجب فيه الإشهاد كالزواج، وأن يكون مكتوباً أو مسجلاً بالطرق المخصوصة فيما يجب فيه الكتابة أو التسجيل كالشركات القانونية والوكالة بالخصومة، وكبيع العقار اليوم في مثل بلادنا، وذلك لأنَّ هذه القيود من شرائط ومراسم، إنما فرضها التشريع تنظيماً وضبطاً، ودفعاً لمحاذير، ورعاية لمصالح، فيجب أن يتقيَّد بها الناس في معاملاتهم كلما أوجب التشريع شيئاً منها في شيء من المعاملات.

٣/٤٨ ـ فلكي يكون التشريع التنظيمي محترماً مطاعاً في أمره ونهيه يجب أن يكون إلى جانبه من الأحكام والترتيبات ما يضمن له هذه الحرمة، ويُلجىء الناس إلى طاعته. وذلك بأن يرتب الشارع على المخالفة لأمره ما يجعل الطريق المخالف وعر المسالك، عقيم المساعي، بحيث لا يجد الإنسان الثمرة التي يبتغيها من عمله ومسعاه إلا في سلوك الطرق التي عيَّنها

الشارع. وإلا فإنَّ التشريع يكون فاقداً صفته الإلزامية، فيكون عندئذ أشبه بالمواعظ الإرشادية منه بالقوة الملزمة، فتسهل على الناس مخالفته إذا كانت مخالفته كطاعته من حيث النتيجة في تحصيل الثمرة التي يسعى إليها الفاعل.

فتلك الأحكام التي تشرع، لا لتنظيم علاقات الناس ومصالح الجماعة، بل لتأييد أصل التشريع الناظم لتلك العلاقات والمصالح، وإلجاء الناس إلى طاعته في أمره ونهيه، هي ما تسمى في اصطلاح الحقوق الحديثة: **مؤيِّدات**[١]. وذلك لأنها تؤيد التشريع، أي تكسبه القوة اللازمة. وقد تسمى أيضاً: **ضوامن**، جمع ضامن، لأنها تضمن هذه الطاعة للشرع القائم وتتكفل بها. وفقهاء الإسلام يسمونها **زواجر**، لأنها تزجر عن تنكب جادة الشرع ومخالفة أوامره[٢]، وهي تتصل بموضوع حكمة التشريع وتعدُّ من أهم مباحثه.

---

(١) اصطلح القانونيون في مصر على تسميتها بالجزاء. أما في اصطلاح بلادنا فتسمى: مؤيدات.

والتأييد في اللغة هو التقوية، ومنه قولهم: أيّدك الله تأييداً. وهو مشتق من «الأيد» (بفتح فسكون)، بمعنى القوة الشديدة، ومنه ما جاء في القرآن العظيم ﴿وَالسَّمَاءَ بَنَيْنَاهَا بِأَيْيْدٍ﴾ (ر: المصباح، ومفردات الراغب).

ويقال: رجل «أيِّد» بتشديد الياء المكسورة وزان «سيِّد» أي قوي. فالمؤيِّدات التشريعية هي الأحكام التي تُكسب التشريع قوةً وتجعله مهيباً مطاعاً.

ويقابلها في اللغة الفرنسية كلمة sanctions ومعناها الجزاء والمكافآت التي تمنع مخالفة القانون وتكفل تنفيذه (معجم لاروس).

(٢) إن للإمام أبي إسحق إبراهيم الشاطبي الغرناطي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة» بياناً نفيساً له صلة بهذا المقام نرى أن نلخصه هنا لفائدته. فقد قسّم المصالح، وكذا الأحكام التي تشرع لصيانتها، إلى ثلاثة أقسام: **ضروريات، وحاجيات، وتحسينات**، أي كماليات. وقد تقدم بيانها (ر: ف ٤/٥ ـ ٦) ثم قال ما خلاصته:

«إن الضروريات ضربان:

أحدهما: فيه حظٌ للإنسان عاجل مقصود، كقيام المرء بمصالح نفسه وعياله في الاقتيات واتخاذ المسكن واللباس، وما يستدعيه ذلك من المتممات، كالبيوع =

المطلب الثاني: تعريف المؤيدات

٤٨/ ٤ ـ بناء على ما تقدم يمكننا تعريف المؤيدات الشرعية بأنها هي:

كل ما يشرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية.

وبعدما سبق بيانه يصبح هذا التعريف واضحاً بلا حاجة إلى إيضاح. فالتشريع الكامل يتضمن دائماً نوعين من الأحكام:

ـ **أحكاماً أصلية**، وهي التي يتكوّن منها نظام الشريعة الناظم للمصالح

= والإجارات والأنكحة وغيرها من وجوه الاكتساب التي تقوم بها الهياكل الإنسانية ـ أي الوجود الإنساني ـ.

والثاني: ليس فيه حظ عاجل مقصود للمكلف، كالتعليم والجهاد وعدم التعدي إلى حقوق الغير، ونحو ذلك من الأمور التي شرعت عامة لمصالح عامة إذا فرض ترك الناس لها انخرم النظام.

وسياسة التشريع الإسلامي في تحقيق طاعة نظامه الذي يرمي إلى حمل الإنسان على إقامة هذه المصالح أنه:

ـ في النوع الأول: وهو ما فيه حظٌ عاجل، لا يؤكد الشرع على الإنسان الطلب بالنسبة إلى نفسه ـ أي لا يرتب عليه ما يقتضيه التأكيد من الضوامن الزاجرة عن المخالفة ـ بل يقف التشريع موقفاً أقرب إلى الإباحة منه إلى الطلب المؤكد. كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ وقوله: ﴿كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾ وما أشبه ذلك، مع أنَّ العالم لا يقوم إلا بالتدبير والاكتساب. فهذا الموقف من الشارع كالحوالة على ما في جِبِلَّةِ الإنسان من الدوافع الباعثة على الاكتساب.

ـ وأما في النوع الثاني، وهو ما ليس للإنسان فيه حظٌ مباشر، فإنَّ الشرع يؤكِّد الطلب فيه ويوجبه إيجاباً، لأنه ليس له في طبع الإنسان داع إليه يخدمه ويحمل الإنسان على فعله. بل هو الضد من ذلك ـ أي إنَّ في نفس الإنسان ما يدعوه إلى المخالفة ـ فلذا يؤكد الطلب فيه، ويكف عن المخالفة بالزجر والتأديب. وذلك كالنهي عن قتل النفس والزنى والسرقة والخمر وأكل الربا وأكل أموال الناس بالباطل وأشباه ذلك، لأنَّ الطبع النازع بالإنسان إلى طلب حظوظه ومصلحته ودرء مضرته يدعوه إلى الوقوع على هذه الأشياء، فيحتاج إلى الزواجر عنها» اهـ. (الموافقات) بتلخيص وتصرف من النوعين الأول والرابع من أنواع مقاصد الشارع، ج٢ ص ٨ ـ ١٢ و١٨٠ ـ ١٨٣ .

والعلاقات والمعاملات، وتجب حماية حدودها من تجاوز الناس عليها.

ـ **وأحكاماً تأييدية**، لأجل حماية تلك الأحكام الأصلية.

فالمؤيِّدات الشرعية هي **الأحكام الحامية**.

والنظام الأصلي الذي شُرِعَت المؤيِّدات لحمايته هي الأحكام المحمية.

فالمؤيِّدات بالنسبة إلى أصل الشريعة كالجيش بالنسبة إلى البلاد ومصالحها: يذودُ عنها، ويحمي حدودها، وينكِّل بمن يتجاوز عليها. وإذا فقد الجيش الحامي أو اضمحلت قوته استبيحت البلاد، وزال سلطان الدولة. فكذلك إذا فقدت المؤيِّدات التشريعية هتكت حرمة الشريعة ولم يبق لها سلطان.

المطلب الثالث: تقسيم المؤيدات:

٤٨/ ٥ ـ المؤيدات الترغيبية والمؤيدات الترهيبية:

إنَّ المؤيدات الشرعية تنقسم إلى نوعين أساسيين متعاكسين، وذلك بحسب كون المقصود الشرعي بها هو حمل الناس على فعل، أو منعهم عنه.

وهذان النوعان الأساسيان هما: **المؤيِّدات الترغيبية، والمؤيِّدات الترهيبية**.

أ ـ فعندما يكون غرض الشارع تشويق الناس إلى فعل مرغوب التحصيل، وتنشيطهم إليه، وحملهم على تحمل مشاقه وأعبائه، يرتِّب على الإقدام عليه مكافأة ومنحة ترغبهم فيه:

وذلك كما تعفي القوانين المالية اليوم المنشآت الزراعية والصناعية من الضرائب المطروحة على أمثالها عدة سنوات منذ إنشائها، وكما تسن أنظمة لمنح الرواتب المالية التي ترتب للمتزوجين من الشباب، وكالتعويضات العائلية التي توظف لهم، وتقرر على عدد أولادهم في بعض الدول ترغيباً في الزواج.

ومن هذا القبيل في الإسلام **التنفيل** المشروع في معارك الجهاد الحربي. والتنفيل هو حق الأمير أو القائد في أن يعلن للجند أن من قتل قتيلاً من الأعداء فله سلَبه، ترغيباً للجند وتقويةً لعزائمهم، كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام في غزوة «حنين». وعندئذ يستحق كل مجاهد أسلاب قتيله فتكون منحةً خاصة له.

ويجري هذا المجرى أيضاً الطريقة التي أوجبها الإسلام في ضريبة الزكاة على المواشي، إذ أخذ فيها بطريقة النسبة النازلة، لما في تربية المواشي من مشقة ونفع عام يقتضيان التشجيع عليها. فخفف ضريبتها بنسبة تتناسب عكساً مع كثرة ما يقتنيه الشخص منها، إلى أن تثبت الضريبة على نسبة واحدة فيما بعد القدر الذي يستطيع الشخص العادي اقتناءه والعناية بتربيته.

هذا، وبما أنَّ الإسلام نظام إصلاحي لنواحي الحياة الثلاث: **الروحية، والمادية، والمدنية معاً**، لذلك كانت المؤيّدات الترغيبية الأخروية في الإسلام كثيرة جداً، ولاسيما فيما يتصل بأعمال الخير، وإخلاص العمل، وإصلاح الأحوال، والتضحيات الواجبة، وإيثار المصلحة العامة على المصلحة الشخصية الخاصة عند التعارض.

ومن هذا القبيل ما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام: أن من همّ بحسنة ولم يتيسر له فعلها كتبت له حسنة واستحق ثوابها الأخروي عند الله تعالى، ومن همَّ بسيئة ولم يفعلها لم تكتب عليه شيئاً[1].

---

(١) عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ فيما يروي عن ربه عز وجل قال: «إنَّ الله كتبَ الحسناتِ والسيئاتِ، ثم بيَّن ذلك: فمن همَّ بحسنة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنةً كاملة، فإن هو همَّ بها فعملها كتبها الله له عنده عشرَ حسنات، إلى سبعمائة ضعف، إلى أضعاف كثيرة.

ومن هم بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنةً كاملة، فإن هو همَّ بها فعملها كتبها الله له سيئة واحدة».

رواه البخاري في الرقاق (٦٤٩١) ومسلم في الإيمان (٢: ١٤٧ مع شرح النووي).

وهذا مؤيّد ترغيبي للحمل على نية الخير، والإقلاع عن نية السوء قبل تنفيذها.

ب ـ وعندما يكون غرض الشارع منع الناس من مخالفة أمره ونهيه يرتِّب على المخالفة جزاءً زاجراً مؤلماً يكون هو المؤيِّد الترهيبي الضامن لمنع المخالفة.

٤٨/ ٦ ـ تنوع المؤيد الترهيبي:

وهذا المؤيد الترهيبي الزاجر نوعان: تأديبي، ومدني (أي حقوقي). ذلك لأنَّ حكمة التشريع تقتضي تنويع المؤيِّد الترهيبي بحسب أنواع المخالفات تبعاً لموضوع النظام التشريعي الذي تنتهك المخالفة حرمته:

أ ـ فإذا كان الفعل المخالف من قبيل الجرائم العدوانية التي تخل بأمن المجتمع ونظام الجماعة، فالجزاء المؤيد يجب أن يكون تأديبياً بعقوبة قامعة ترهِّب من الإقدام على الفعل المخالف الموجب لها.

وهذا النوع هو المؤيِّد التأديبي، أو العقوبة، ويتألف منه **نظام العقوبات** في تشريع الدولة.

وهذه العقوبة قد تكون بدنية، أو مالية، أو حاجزة للحرية كالحبس والنفي، أو معنوية كالتشهير بالشخص وتجريسه. وقد تكون مركبة من عنصرين فأكثر.

ومن الواضح أنَّ هذا النوع من المؤيدات لا يضمن منع المخالفات وقطع دابر الإجرام بحيث ينتفي من المجتمع، لكنه كل المستطاع في التشريع، لأن أفعال الناس المادية لا يمكن السيطرة عليها سيطرة تامة. فقد يقدم الإنسان على الجريمة ويفاجىء بها بحيث لا تمكن الحيلولة دونها، وهو راضٍ بالعقوبة ولو كانت موتاً.

ب ـ وإذا كان الفعل المخالف من قَبيل إهمال الشرائط التي يفرضها

التشريع في النظام المدني لأنواع معاملات الناس وتصرفاتهم الحقوقية من عقود وغيرها، فإنَّ المؤيد لمنع المخالفة ينبغي أن يكون حرمان المتصرف من النتائج التي يبتغيها من تصرفه. وذلك بأن يعتبر عمله في نظر التشريع لغواً، أي مسلوب الحكم والنتيجة، فلا يكسب صاحبه الحق المطلوب، ولا يحتج به أمام القضاء عند الاقتضاء.

وهذا النوع هو **المؤيِّد المدني، أو الحقوقي**، وينشأ عنه **نظرية البطلان** وتفاريعها في التشريع المدني.

ومن الواضح أنَّ هذا النوع من المؤيّدات هو أقطع لدابر المخالفة من المؤيد التأديبي، لأنَّ ترتيب النتائج الحقوقية على التصرُّفات ليس هو أثراً مادياً لفعل محسوس ربما لا تمكن الحيلولة دونه، بل هو أمر اعتباري منوط باعتبار الشارع. فإذا سلب الشارع عن التصرف المخالف لنظامه الشرعي نتائجه كلها أو بعضها لم يستطع الفاعل بوجه من الوجوه أن يكتسب أمام السلطة القضائية ما نفاه الشارع من الحقوق مادام القضاء هو المطبق والمنفذ لشريعة الشارع.

٧/٤٨ ـ درجات الإلغاء:

وهذا الإلغاء لحكم التصرف المخالف ليس درجة واحدة.

١ ـ فقد يكون إلغاءً كلياً، وذلك إذا كانت المخالفة لنظام التعامل واقعة في ناحية أساسية. وعندئذ يسمى المؤيد: **بطلاناً**.

٢ ـ وقد يكون إلغاء جزئياً من بعض الوجوه، وذلك إذا كانت المخالفة في ناحية فرعية، وعندئذ يسمى المؤيد: **فساداً**.

٣ ـ وإذا كان التصرُّف يمسُّ حقاً محترماً للغير، كمن باع مال غيره بلا إذنه، فإنَّ العقد يكون معتبراً في ذاته إذا استوفى شرائطه، لكنه متوقف من حيث الحكم والثمرة حتى يرضى صاحب الحق الممسوس أو يرفض: فإن رضي بالعقد نفذ، وإن رفض بطل. وهذا يسمى: **توقفاً**؛ وهو حماية لحق الغير.

٤ ـ وإذا كان في التصرُّف المدني إخلالٌ بالتوازن العقدي الواجب بين حقوق المتعاقدين المتقابلة، بحيث يكون مظنَّة لطغيان مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه، فإنَّ المؤيِّد الضامن لإعادة التوازن أو سلامة الرضا يكون بمنح الطرف الذي تعرض حقه للضرر خياراً في فسخ العقد إن شاء. وهذا المؤيد يسمى **تخييراً**: وهو من مباحث شوائب الإرادة العقدية أو عيوب الرضا. وقد تقدم تفصيله في نظرية العقود (ر: ف ٣٧/٦).

فعلى هذه الأسس والاعتبارات تتنزل في الفقه الإسلامي نظرية المؤيِّدات الشرعية العامة التي هي من ضرورات كل تشريع ولوازم فكرته.

الخلاصة

٨/٤٨ ـ يتلخص من ذلك أنَّ المؤيدات في الشريعة الإسلامية، كما في كل تشريع كامل، تنقسم إلى قسمين: المؤيِّدات الترغيبية، والمؤيِّدات الترهيبية.

والقسم الثاني الترهيبي يتفرع أيضاً إلى فرعين:

الأول: **المؤيِّدات التأديبية**؛ وهي العقوبات المشروعة للزجر عن ارتكاب الجرائم والمخالفات، وتنقسم إلى نوعين أساسيين:

أ ـ عقوبات **مقدَّرة**، وهي التي حدَّدها وقدَّرها الشارع نوعاً ومقداراً بالنص الصريح، ولم يترك لولاة الأمر رأياً في التصرُّف بأنواعها ومقاديرها، لما للجرائم التي توجبها من خطر اجتماعي في نظر الشارع. وتسمى أيضاً: عقوبات **نصيَّة**، نسبة إلى نص الشارع.

ب ـ عقوبات **مفوَّضة**: وهي التي لم يحدِّد التشريع الإسلامي في شيء منها نوعاً ولا مقداراً معيناً، بل فوَّضها لولاة الأمور. فيعاقبون المجرمين في كل جريمة بما يرونه متكافئاً معها، وكافياً للزجر والإصلاح.

وهذا يختلف في نوع العقوبة وقدرها بحسب الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي. ولذا فوَّضه الشرع إلى ولاة الأمور، أي إلى السلطة الحاكمة.

وهذه العقوبات المفوّضة تسمى في لسان الفقه الإسلامي: **تعزيراً**. وسنتكلم بإيجاز على كل من هذين النوعين في الفصلين ٤٩ و٥٠.

والثاني: المؤيِّدات المدنية أو الحقوقية، وهي ما يرتبه الشارع على مخالفة نظام المعاملات من سلخ بعض النتائج أو كلها، بتجريد التصرُّف المخالف عن اعتباره الشرعي تجريداً كلياً أو جزئياً، فيفقد بذلك كل نتائجه المدنية أو بعضها.

وهذه المؤيِّدات المدنية تتناول أربعة تدابير وهي:

البطلان، والفساد، والتوقف، والتخيير.

٩/٤٨ ـ وسنتناول بالبحث فيما يلي أحكام المؤيِّدات الترهيبية في كلا فرعيها التأديبي والمدني. ولكننا نقتصر في القسم التأديبي على رسم خطوطه العريضة الإجمالية وأحكامه العامة بمنتهى الإيجاز، لأنَّ موضوع هذا الكتاب هو القسم المدني من الفقه الإسلامي، وإنما نبحث عن المؤيدات التأديبية بالتبعية تنويراً للأذهان في بعض نواحيها، واستكمالاً لفروع البحث في نظرية المؤيِّدات العامة.

الفصل التاسع والأربعون

المؤيِّدات التأديبية: العقوبات المقدرة

۱/٤٩ ـ إنَّ العقوباتِ المقدَّرة النصيَّة في الشريعة الإسلامية صنفان: **الحدود، والقصاص**.

البحث الأول: الحدود[١]

۲/٤٩ ـ فالحدود خمس عقوبات؛ وهي: حد الزنى، وحد القذف[٢]، وحد السرقة، وحد الحِرابة[٣]، وحد شرب الخمر.

والحدود الأربعة الأولى جاء بها القرآن. أما حد شرب الخمر فلم يذكر في القرآن وإنما جاءت به السنة.

وهذه الحدود كلها عقوبات بدنية، أدناها الجلد بالسوط، وأعلاها القتل:

أ ـ فحدُّ القذف، وحدُّ شرب الخمر، **ثمانون جلدة** مفرَّقة على نواحي البدن سوى المَقَاتِل، بسوط متوسط.

---

(۱) الحدود: جمع «حَدّ» (بفتح الحاء وتشديد الدال).
وهو في اللغة مصدر بمعنى المنع. ويأتي أيضاً اسم شيء بمعنى الحاجز المانع.
وسميت هذه العقوبات شرعاً بالحدود لأنها تمنع الناس عن الجرائم الموجبة لها.

(۲) القذف في اللغة: الرمي. وفي اصطلاح الشرع: هو أن يرمي الشخص غيره بالزنى، كقوله: يا زان، أو يا زانية، أو لست لأبيك، فإن هذا القول الأخير قذف لأم المخاطب.

(۳) الحِرابة (بكسر الحاء) هي قطع الطريق للسلب والنهب والقتل.

ب ـ وحد الزنى **مائة جلدة**، وهو ما ورد في القرآن. وقد ورد في السنة أيضاً رجم الزاني بالحجارة إذا كان محصناً حتى الموت.

والمقصود الأساسي بالإحصان هنا أن يكون الشخص متزوجاً مع الدخول.

ومما يشترط ليكون الشخص محصناً بالزواج أن يكون حراً عاقلاً بالغاً، وأن يكون الزوج الآخر أيضاً حراً.

ج ـ وحدُّ السرقة **قطع اليد من الرسغ**.

د ـ وحدُّ الحرابة هو ما فصَّله القرآن العظيم في سورة المائدة (٥/ ٣٣ ـ ٣٤) بقوله:

﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴿٣٤﴾﴾ (التوبة: ٣٣ ـ ٣٤).

فقيل في تفسيرها يتخيَّر الإمام بين هذه العقوبات الأربع في حق قاطع الطريق، كما يفيده ظاهر الآية، مع ملاحظة أنَّ الإمام يجب عليه أن يختار ما تقتضيه مصلحة القمع والزجر، فلا يتساهل باختيار أدنى العقوبة لأشدّ حالات الجريمة.

وهذا تفسير يفسح مجالاً لمراعاة ظروف الحال في تطبيق العقوبة.

ولكن الرأي الفقهي السائد أنَّ هذا التفصيل موزَّع على حالات:

ـ فالقتل هو لقاطع الطريق إذا كان قاتلاً.

ـ والتصليب مع القتل هو لمن قتل وسلب المال.

ـ وقطع اليد والرجل من خلاف (أي اليد اليمنى والرجل اليسرى) هو لمن أخذ مالاً يعادل نِصَاب السرقة دون أن يرتكب قتلاً.

ويُشترط للقطع أن تكون أطرافه الأخرى سليمة كي لا يبقى عديم المنفعة.

ـ والنفي لمن قُبض عليه قبل أن يباشر قتلاً أو سلباً.

وهذا هو الاجتهاد الحنفي أيضاً، وقد فسروا هنا النفي من الأرض بالحبس، باعتبار أنه إبعاد عن الحياة في البيئة الاجتماعية.

(ر: أحكام القرآن لأبي بكرالرازي الجصّاص، وتفسير الفخر الرازي).

وتوبة قاطع الطريق قبل القبض عليه تُسقط عنه الحد. ولكن إذا كان قاتلاً يجري عليه حكم القصاص الآتي بيانه، وإن كان سالباً يجب عليه رد المال المسلوب أو ضمانه.

وهناك بعض شرائط تفصيلية تُعرف بالرجوع إلى ما قرره الفقهاء في باب قطع الطريق (ر: رد المحتار ٣/٢١٢ ـ ٢١٥).

٤٩/٣ ـ شرائط الجرائم الموجبة للحدود:

والجرائم الموجبة للحدود يشترط في صفة كل منها وكيفية وقوعها لكي يجب بها الحد شرائط عديدة اختلفت فيها الاجتهادات. وهي مفصَّلة في مواطنها من كتب الفقه: فحدُّ السرقة مثلاً من جملة شرائطه أن يكون المسروق نصاباً معيَّناً من المال، وأن يُؤخذ خفية من حِرْز حريز. فيخرج عنه الغَصْب، والأخذُ جهراً، وجحدُ الوديعة أو العارية.

٤٩/٤ ـ تأثير الشبهات في درء الحدود:

ويشترط أيضاً في الحدود جميعاً بوجه عام أن لا يكون لمرتكب جريمتها شبهة تجعل له شبه معذرة أو تقتضي تخفيف مسؤوليته، كما لو زنى أو سرق أو شرب الخمر جاهلاً بالتحريم، أو سرق الدائن من مدينه ما يعادل دينه ولو كان الدَّين مؤجَّلاً، أو سرق أحد الزوجين من الآخر؛ أو سرَقَ الشخص من أحد أقاربه المحارم، لأنَّ الخلطة بينهم عادة، ودخول بعضهم بيوت بعض يجعلان شبهة في تحقق شريطة الحرز تدرأ الحد.

ومرجع ذلك إلى قول النبي عليه الصلاة والسلام: «ادرؤوا الحدود بالشبهات» وقال أيضاً:

«ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم. فإن كان له مخرجٌ فخلوا سبيله. فإنَّ الإمام لأن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة»[1].

ومعنى هذا أنه يراعى عند الشك جانب المتَّهم. وهذا ما أقرته نظريات الفقه الجنائي الحديث وقوانينه.

وقد توسَّع فقهاؤنا في نطاق الشبهة المسقطة للحدود نظراً لدلالة الآثار المروية عن النبي عليه الصلاة والسلام في ذلك؛ حتى قالوا: إن مجرد ادعاء الشبهة في مظنتها من مرتكب الجريمة الموجبة للحد يسقط الحد دون حاجة إلى إثبات تلك الشبهة المدعاة (ر: الدر المختار ٣/ ١٥٠).

٥/٤٩ ـ شرائط الإثبات في هذه الجرائم:

ويُشترط أيضاً في إثبات هذه الجرائم الموجبة للحدود أمام القضاء شرائط خاصّة تختلف في بعضها عن بعض وتزيد عما يشترط في إثبات غيرها من الحقوق. وهي مفصَّلة في مباحث الشهادات من كتب الفقه.

وجريمة الزنى بصفاته وشرائطه الموجبة للحد عسيرة الإثبات جداً، ولاسيما أن مدعيها إذا لم يتمكن من إثباتها يعتبر قاذفاً، ويحدُّ حد القذف، إلا إذا كان زوجاً وأصرَّ على تهمته لزوجته وعَجزَ عن الإثبات، فلا يحدُّ حدَّ القذف، بل يجري التلاعن بينهما أمام القضاء بطلب المرأة، ونتيجة اللعان تفريق القاضي بين الزوجين المتلاعنين.

واللعان أيمان معيَّنةٌ متعدِّدة يقسمها الرجل أمام القاضي على صدقه في اتهامه لزوجته بالزنى، وتقسم نظيرها المرأة على كذبه.

---

(١) رواه الترمذي في الحدود (١٤٢٤) وضعّف رفعه، والحاكم في المستدرك ٤/ ٣٨٤ وقال: صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي. ورواه الدارقطني في سننه ٣/ ٨٤، والبيهقي في سننه ٨/ ٢٣٨ وسنده ضعيف لضعف يزيد بن زياد الشامي، وصحَّ معناه عن جماعة من الصحابة. (ر: «المقاصد الحسنة» للسخاوي ص٣٠).

٦/٤٩ ـ ومتى ثبتت هذه الجرائم بمثبتاتها المقبولة شرعاً ووجبت حدودها لا يجوز فيها عفو من المجني عليه، ولا تسامح من ولي الأمر الحاكم، لأنها من حقوق الشرع التي تسمى: **حقوق الله**، إذ تتعلق بإقامتها صيانة ناحية أساسية من نظام المجتمع الإسلامي، وهي حفظ الضروريات الخمس: **الدين، والنفس، والنَّسل، والعقل، والمال.**

إلا أنَّ حد القذف من بين هذه الحدود يفترق عن سائرها بأن الاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أنه ليس حقاً خالصاً للشرع، بل فيه حق شخصي وحق شرعي. ولذلك يشترط في إقامته الادعاء الشخصي من المقذوف لو حَيّاً، أو من أحد أصوله أو فروعه إن كان المقذوف ميتاً حين القذف، ويسقط الحد بعفوهم[١].

---

(١) يقول الأستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني في بحثه عن العقوبات في الشريعة الإسلامية ما نصه:

«لا بد من التذكير ثانية بأن العقوبات لا يمكن أن توزن بميزان واحد ثابت، بل إنها مرتبطة بالوقت والمكان اللذين وضعت وطبقت فيهما. وإذا كان قسم منها لا يروق بعض الناس اليوم فليس معنى ذلك أنه غير صالح حتى اليوم الحاضر.

فقطع يد السارق، كغيره من الحدود، لا يطبق إلا بعد التروي والتدقيق وبلوغ الحاكم، ويسقط بالشبهات. ولا ريب في أنه كان ضرورياً في المجتمع العربي، وأنه لا يزال نافعاً ومفيداً في كثير من الأقطار اليوم. يؤيِّد ذلك ما يردنا من أخبار البلاد الحجازية أنَّ السرقة أصبحت نادرةً فيها بعد أن أوجبت الحكومة السعودية تطبيق العقوبة الإسلامية.

(انظر كتاب «يقظة العرب» لجورج أنطونيوس، تعريب الأستاذ الركابي من دمشق ص٣٧٩ وما بعدها).

والخبير في الأمور الجزائية يجزم بأن مثل هذه العقوبة ضرورية للصوص المحترفين في أيامنا الحاضرة متى ثبت أنَّ العقوبات العصرية لا تؤدي إلى المقصود منها.

فما بالك بلص شهير محترف تتوالى عليه الأحكام وهو يفتخر بحيله اللصوصية، ثم إذا خرج من السجن لا يلبث أن يعود دون تردد؟ فهل يضير المجتمع الإنساني أن يخسر هذه اليد الأثيمة، ويمنع صاحبها من التكرار والاستمرار، ويزجر به غيره؟

وهل تعد الهيئة الاجتماعية قاسية إذا حَمَت نفسها بهذه الصورة اضطراراً ويأساً من تأديب أمثال من ذكر؟ =

٤٩/ ٧ ـ تنبيه:

هذا ويجب التنبه إلى أمر هام، وهو أنَّ سقوط الحد معناه سقوط نوع عقوبته الخاصة لا سقوط الحق العام في أصل العقاب. فسقوط الحد لا ينافي معاقبة الفاعل بعقوبة أخرى أخف من الحد على سبيل التعزير إذا كان سقوط الحد لشبهة يبقى معها الفاعل مستحقاً للتأديب.

فالحدود في نظر علماء الشريعة الإسلامية فيها حقان:

ـ حق الجماعة العام في أصل العقاب للتأديب والانزجار عما يتضرَّر به العباد من أنواع الفساد.

ـ وحق الله تعالى، أي حق الشرع في نوع العقوبة المقدرة.

(ر: رد المحتار، أول الحدود ٣/ ١٤٠ نقلاً عن شرح الأشباه للبيري).

فسقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوطَ أصلها الذي يتعلَّق به حق عام لمصلحة الجماعة. وهذا نظير ما سيأتي في القصاص (ر: ف ٤٩/ ١٥).

= أنا أدعي بعض الخبرة بذلك (أخصها قضاء سبع سنوات أمضيتها في التحقيق الجزائي ببيروت) وأنا مقتنع بما قلت.

أما عقوبة الجلد والضرب التي أسماها بعضهم «الموضة» عند محمد ﷺ فهي «الموضة» عند غيره أيضاً من متمدني اليوم. فعند الإنكليز إلى اليوم، على حظهم من الرقي والتمدن، يحكم بالجلد على اللصوص والمتشردين وبعض المجرمين والأحداث، وعلى غيرهم في أحوال أخرى عديدة (ترى أهم هذه الأحوال في كتاب مبادىء وتطبيق القانون الجزائي principles and pratice of the criminel law تأليف هاريس S. Harris لندن ١٩٢٦، ص/ ٤٢٠).

وأنا أرى من الصواب إبقاء هذه العقوبة في القوانين العصرية لتأديب تلك الفئة المجرمة التي لا تنفعها العقوبات الحليمة» اهـ.

(عن كتاب «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» للأستاذ المحمصاني المشار إليه ج١ ص ١٢٠ ـ ١٢٣/ باختصار يسير).

البحث الثاني: القصاص

٤٩/ ٨ ـ القِصَاص (بكسر القاف) في اللغة مأخوذ من اقتصاص الأثر بمعنى اتباعه وتعقبه. ثم غلب استعماله في معنى قتل القاتل لما فيه من تتبع أثر الدم بالعقاب (ر: المصباح، ومفردات القرآن للراغب الأصفهاني).

ويسمى القتل على سبيل القِصَاص أيضاً: قَوَدا (بفتحتين)[1] إذ كانت العادة أن يقاد القاتل بحبل أو نحوه إلى القصاص (ر: رد المحتار ٥/ ٣٤٠).

والقِصَاص في لسان الشرع هو:

معاقبة الجاني على جريمة القتل أو القطع أو الجرح عمداً بمثلها.

وقد جاء القرآن العظيم بشريعة القصاص في النفوس[2] بقوله تعالى:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [سورة البقرة ٢/ ١٧٨]. ثم بيَّن حكمته وثمرته الاجتماعية بقوله:

﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [سورة البقرة ٢/ ١٧٩].

فأفاد أنَّ نماء الحياة الاجتماعية الطيبة بحقن الدماء وصون النفوس والأجسام من العدوان يتوقَّف على القِصاص الذي فيه تحقيق للعدالة الكاملة، وحماية للبنية الإنسانية من أن يستهان بالعدوان عليها، كي يعلم المعتدي على حياة غيره أو جسمه أنه كأنما يعتدي في النهاية بنظير ذلك على نفسه عن طريق القصاص. فعندئذ يتهيَّب الإقدام على هذا الجرم الهدَّام حرصاً على نفسه. وإنَّ الواقع المستمر ينبىء بأنَّ كل العقوبات غير المتكافئة مع هذه الجريمة الفظيعة من حبس أو تغريم أو غيرهما، إنما

---

(١) يقال: أقاد الحاكم القاتل بالقتيل، إذا قتله به قوداً، أي قصاصاً. واستقدت الحاكم من القاتل، فأقادني منه، أي اقتص لي منه. (المصباح).

(٢) أما قصاص الأعضاء فقد اختلف العلماء في مصدر ثبوته هل هو القرآن أو السنة؟ وسبب الاختلاف أنَّ الآية القرآنية التي تضمنته إنما تحكي عما شرعه الله في التوراة.

تُسَهِّل ارتكابها، لاطمئنان المجرم إلى أنه سيكون في النهاية سليماً راتعاً ممتعاً، كما أنها أيضاً تبقي في النفوس حزازتها، فتحمل أهل القتيل على تبييت فكرة الانتقام الشخصي، فتكون للجناية ذيول جرارة.

فمن فُقِئَت عينه أو قطعت يده عمداً وعدواناً من معتدٍ جان أثيم كيف يطيق أن يرى الجاني يحملق بعينين، أو يتمتع بيدين!!.

وفي الجاهلية كان قتل شخص يؤدي إلى إفناء قبائل بأسرها ثأراً، فجاء نظام القِصاص علاجاً شافياً واقعياً مانعاً من التجاوز.

وإذا قيل ـ كما ترى بعض النظريات الأجنبية الحديثة ـ إنَّ الجناية على الإنسان تهديم للبنية الإنسانية يجب أن نرمم فيه ما تهدم بقدر الإمكان، لا أن نضيف إليه تهديماً آخر نفعله بإرادتنا قصاصاً، فالجواب أنَّ التهديم التالي لا يجتنب بترك القصاص بل يزداد، ولكن بأيدي الناس أنفسهم، وبصورة غير عادلة. فخيرٌ لنا أن نتفادى التهديم الكثير الجائر الذي تُحدثه الفوضى بالقليل الذي توقعه أيدي العدالة على سبيل العقاب المماثل الذي لا سبيل للوقاية إلا به، فإنه لا يمنع الرامي شيء كيقينه بأنَّ سهمه سينعكس إلى صدره (ر: ف ٤٩/١١).

٤٩/٩ ـ أنواع القصاص وشرائطه:

يتَّضح من تعريف القصاص أنه نوعان:

قِصاص في **النفس**، وذلك في جريمة القتل، وقِصَاص في **الأعضاء** وذلك في جريمة القطع والجرح.

ويُشترط في الجناية بوجه عام لتكون جريمةً موجبةً للقِصاص شرائط ثلاث: **العدوان، والعمد، وإمكان المماثلة بين الجريمة وقصاصها**[1]:

---

(١) ومن هنا يسمى القصاص «امتثالاً» فيقال في اللغة: امثل الحاكم من فلان لفلان إذا اقتص له منه.

ـ فإذا انتفى العدوان فلا جريمةَ ولا قصاص، كالقتل بحق في الدفاع المشروع.

ـ وإذا انتفى العمد كان خطأ، وموجبه ضمان مالي لا قصاص كما سنرى. وقد يستوجب عقوبةً خفيفة على التقصير في الاحتياط، أو عدم الانتباه.

ـ وإذا لم تكن المماثلة ممكنة أو كانت مشكوكاً في إمكانها بأن كان يخشى أن يزيد القصاص على الجناية في الكيفية أو الكمية انتفى القِصَاص أيضاً، وانتقل الحكم إلى عقوبة تعزيرية غير مقدَّرة، مع الضمان المالي الآتي بيانه (ر: ف ٤٩/١٢).

٤٩/١٠ ـ وشريطة المماثلة هذه تتجلى نتيجتها في قِصاص الأعضاء، فإنه لا يجري إلا فيما يمكن فيه تحقيق هذه المماثلة كفقوء العين، وقطع اليد من المِفْصل[١]، وقلع السن، بخلاف نحو كسر العظم وقطع اليد من غير المِفْصل لعدم إمكان ضبط القصاص بحيث لا يزيد عن الجناية في نتيجته أو في المضاعفات التي قد يؤدي عادة إليها.

وكذلك مثلاً لا تقطع يد سليمة قصاصاً بيد شلاّء لعدم التساوي في منفعتيهما.

وشريطة التماثل هذه قد اختلفت المذاهب الاجتهادية كثيراً في حدودها.

ومن ثم كانت الأحوال المتَّفق على جريان قصاص الأعضاء فيها ضيقة جداً. وأضيقها ما في الاجتهاد الحنفي. ولا يقتصُّ فيها إلا بعد برء المجني عليه لتعرف نتيجة جراحته.

أما قِصاص النفس فالاجتهاد الحنفي فيه أوسع الاجتهادات في شريطة التماثل هذه. فهو يرى جريانه بين جميع الأنفس المعصومة عصمةً مؤبدة دون تمييز بسبب حرية أو جنس أو دين، متى كان القتل عمداً عدواناً.

---

(١) ويلحظ أنَّ على الحاكم اتخاذ تدابير حسم الدم بالطرق الطبية الممكنة.

فيُقتل الحرُّ بالعبد، والرجلُ بالمرأة، والمسلمُ بغير المسلم، والعاقل بالمجنون. والكبيرُ بالطفل الوليد، والجماعةُ بالواحد، للتساوي في حرمة الشخصية الإنسانية.

ر: بداية المجتهد ٢/ ٣٣١ ـ ٣٤٢/ ورد المحتار ٥/ ٣٤٢ ـ ٣٤٤ و٣٥٣ ـ ٣٦٠).

٤٩/ ١١ ـ معنى العمد:

ومعنى العمد شرعاً في هذا المقام هو مجرّد القصد إلى الجناية الواقعة ولو لم يكن عن سابق تصورٍ وتصميم. فالعمد في القتل أن يقصده القاتل المعتدي بوسيلة وصورة تفضيان إليه، ويموت المجنى عليه من ذلك. فهذا يكفي في استحقاق الجاني عقوبة الموت قصاصاً، سواءً أكان مبيّتاً في نفسه فكرة الجريمة وعازماً عليها بسابق تصميم وإعداد، أو كان قصده إليها آنياً مرتجلاً حين ارتكابها[1].

---

(١) يقول الأستاذ المحقق الدكتور صبحي المحمصاني في بحثه عن القصاص: «والعمد في القتل معناه القصد ولو لم يكن فيه سبق تصوّر وتصميم. وعقوبته القصاص في الشرع الإسلامي، وفي كثير من الشرائع القديمة والحديثة. وكذلك في القانون الإنكليزي لا يشترط التصور والتصميم السابق في قتل القصد لاستحقاق عقوبة الإعدام.
(راجع كتاب هاريس، قانون العقوبات، ص/ ١٤٧).
ونحن نرى أنَّ هذا عدل وأيُّ عدل، بل نراه ضرورياً لأجل تقليل جرائم القتل، ولأجل حماية الناس في المجتمع.
ولكن بعض القوانين الجزائية، ومنها القانونان العثماني القديم، (م/ ١٧٠) واللبناني الجديد (م/ ٥٤٩) اشترطت لإعدام القاتل أن يكون العمد بمعنى سبق التصوُّر والتصميم» اهـ.
(عن كتاب «الموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» للأستاذ المشار إليه ١/ ١٤١).
أقول:
إنَّ قانون الجزاء العثماني، والقانون اللبناني، قد جارى واضعوهما في ذلك، وقلدوا القانون الإفرنسي وبعض القوانين الأجنبية الأخرى بلا حجة سوى التأثُّر ببعض النظريات الأجنبية العشواء الجامحة. وبناءً على ذلك ميَّز القانون بين العمد والقصْد. فاشترط في العمد لاستحقاق الإعدام تبييت العزم على الجريمة في نفس الجاني بتصور وتصميم سابق. أما إذا قَصَدَ القتل بعزيمة آنية مرتجلة فيكون قصداً لا عمداً. =

١٢/٤٩ ـ وكلُ جناية بغير حق على نفس أو جسم إذا امتنع فيها القصاص لانتفاء بعض شرائطه يستحق فاعلها التعزير بعقوبة غير مقدرة، بل مفوّضة إلى رأي السلطان بما يراه كافياً لإصلاح الجاني، (نظير ما سبق بيانه في عقوبة الحدود (ف ٨/٤٩) ويجب عليه فيها ضمان مالي: دية أو أرش، أو حكومة عدل؛ وذلك بحسب نوع الجناية[1].

ـ **فالدِيَّة** (بكسر ففتح) هي: ما يؤدى من المال بدلاً عن النفس.

ـ **والأَرْش** (بفتح فسكون) هو: ما يؤدَّى بدلاً عن الأعضاء. أي انه دية العضو. وكلٌ من دِيَة النفس ودِيَة العضو محدَّد المقدار شرعاً.

= وقد جعل القانون عقوبة القتل قصداً حبس خمسة عشر عاماً. وبذلك فتح مجالاً لانتشار جناية القتل بأوسع نطاق لأتفه الأسباب. وأصبح كل مجرم سفاك يتهدَّد من يشاء علناً بأنه «سيقتله وينام خمسة عشر عاماً على جنب واحد»!! ومن المؤسف أنَّ قانون العقوبات السوري الجديد الذي صَدَر الآن في ٢٦/ من شعبان سنة ١٣٨٦ هـ = ٢٢ من حزيران سنة ١٩٤٩ م/ قد أخذ واضعوه أيضاً بهذه النظرية الخاطئة في التمييز بين العمد والقَصْد، في المواد /٥٣٣ ـ ٥٣٥/ منه. ولم تكف تجارب /٩٥/ سنة في ظل القانون السابق العثماني للتعريف بأنَّ هذا التمييز كان العامل الأكبر في جعل جريمة القتل أهون على أصحابها من شرب الماء، ولاسيما مع آمال المجرمين المبنية على الواقع المستمر في أنه قلما يقضي سجين كل مدته دون أن يَسقط عنه جانب كبير منها بالعفو المتكرر في شتى المناسبات الوطنية الكثيرة، فيخرج القاتل يسعى كالأفعى أمام أهل فريسته التي يذهب دمها كالهدر!!.

ولكم دعت هذه النتائج إلى أن يعمد أهل القتيل إلى الانتقام بأيديهم. وكل ذلك من جراء استبدال القانون في قتل القصد عقوبة حبس مؤقت بدلاً من القِصاص الشرعي الذي قال عنه القرآن الكريم: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِي ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾﴾.

(١) على أن قتل الخطأ قد أوجب فيه القرآن، علاوة على هذا التعويض المالي، جزاءً تعبدياً آخر من قبيل المؤيّد الديني يسمى «كفارة».

والكفارة عبارة عن إعتاق رقبة مؤمنة. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين. وهي واجب دياني لا سلطان عليه للقضاء، بل هو متروك لذمّة الإنسان، تكفيراً، أي تغطية لذنب التقصير الذي لا يخلو عنه الخطأ، وتطهيراً للشخص منه.

أما **حكومة العدل** فهي: ما يقدِّره الحاكم بمعرفة الخبراء العدول من تعويض مالي عما ليس فيه دية مقدرة شرعاً من جرائم العدوان على الجسم، من جرح وتعطيل وغيرهما.

وهذه العقوبات المالية تنطوي أيضاً على معنى تعويض الضرر للمجني عليه أو لورثته.

١٣/٤٩ ـ طريقة تنفيذ القصاص:

لا عبرة في القصاص لما يكون قد فعله الجاني القاتل من تعذيب للقتيل أو تمثيل به. بل يُقتصر في القصاص على إماتة القاتل بقطع عنقه ضرباً بالسيف، وهذا هو الاجتهاد الحنفي والحنبلي.

ولا يوجد مانع شرعي من استعمال ما يظهر من وسائل أخرى إذا كانت مساوية للسيف كالمِقْصَلة أو أسرع وأسهل قتلاً. فيعود إلى السلطة الحاكمة أمر اختيار الوسيلة مما لا عنف فيه ولا تعذيب ولا وحشية، عملاً بقول رسول الله عليه الصلاة والسلام:

«إنَّ الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القِتْلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذِّبْحة»[1].

١٤/٤٩ ـ ويحق لوليِّ الدم الشرعي، إن شاء، أن يكون هو الجلَّاد الذي يكلَّف من قبل صاحب السلطان بتنفيذ حكم الإعدام على القاتل المحكوم عليه تحت إشراف السلطة المنفذة إن كان يستطيع ويحسن التنفيذ.

---

(١) رواه مسلم (١٩٥٥)، والترمذي (١٤٠٩)، والنسائي (٤٤٠٥)، وابن ماجه (٣١٧٠) من حديث شداد بن أوس رضي الله عنه. والقِتْلة، والذِبْحة (بكسر فسكون فيهما) هي الصورة والكيفية في القتل والذبح. وهذا الحديث من أحاديث الأربعين النووية، وله شرح مستفيض في «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ١/ ٣٧٩ ـ ٣٩٤.

وأولياء الدم هم الورثة على ترتيب الإرث والحجب، حتى الزوجان.

وهذا تدبير أشفى لألم المصاب دون ضرر بالمحكوم عليه أو النظام الاجتماعي، إذ لا بد من جلاد لتنفيذ حكم الإعدام، فليكن هو ولي الدم إن شاء.

وفي هذا أيضاً من السياسة الشرعية أسلوب حكيم. فكما أنه أشفى لألم المصاب هو أيضاً أدعى لرحمة ولي الدم وإشفاقه من التنفيذ، فلعله عندما يقف بنفسه موقف الجلاَّد يتهيَّب إراقة الدم فيعفو؛ وعندئذ يسقط حق القصاص، وينتقل الحكم إلى عقوبة مفوَّضة لرأي الحاكم غير مقدرة، كما سبق (ف ٤٩/١٢) وكما سنرى فيما يلي.

هذا حكم الإسلام بحق ولي الدم في تنفيذ القصاص، لا كما يزعم بعض الدسَّاسين أو الجاهلين أنَّ الشريعة الإسلامية، توجب تسليم القاتل إلى ولي الدم يفعل به ما يشاء!!.

٤٩/١٥ ـ صفة القصاص وحق ولي الدم في العفو:

يختلف القصاص عن الحدود في ناحية أساسية، هي أنه قد شرع فيه للمجني عليه ثم لأولياء دمه حق العفو؛ ويسقط القصاص بعفوهم. أما في الحدود فالعفو ممنوع.

ومن ثم اعتبر الفقهاء أنَّ القصاص ينطوي على حقين في العقوبة:

ـ **حق عام** للشرع في أصل **العقاب**، زجراً للأنام، وضماناً للأمان في المجتمع.

ـ **وحق خاص** للمجني عليه في نوع **العقاب** أن يكون قصاصاً للجاني مماثلاً لجنايته. وهذا الحق ينتقل عن المجني عليه إلى أولياء دمه، وهم الورثة.

ومن ثم كان القِصاص (أي العقاب النوعي) يتوقَّف الحكم به وإنفاذه على الادعاء والطلب من صاحب الحق الخاص. فإذا عفَا عن القِصاص سقط، لأنَّ هذا النوع من العقوبة هو حقه، فيبقى الحق العام الشرعي للسلطة الحاكمة في عقاب الجاني بما تراه كافياً للردع. فتصبح عقوبة الجناية عقوبة تفويضية غير مقدرة، فتدخل عندئذ في حظيرة التعزير الآتي بيانه.

فإذا لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص إلى الحاكم يستوفيه باسم العامة، وليس له العفو لأنه ضررٌ بهم (ر: رد المحتار ٥/ ٣٤٦).

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد انتهجت نهجاً وسطاً في أمر القِصَاص الذي اختلفت فيه الشرائع تشدُّداً وتساهلاً لما له من خطر.

١٦/٤٩ ـ على أنَّ الاجتهاداتِ في هذه الناحية مختلفة، فقد ذهب بعضها إلى أن عفو ولي الدم مسقِط للعقوبة مطلقاً. وعلى هذا يكون الحق العام للشرع في عقوبة القاتل تابعاً للحق الخاص فيها.

وهذا ما أوهم أناساً اليوم أنَّ هذه الشريعة العظمى قد قصرت عن إدراك فكرة الحق العام في عقوبة القتل!.

وهذا خطأ كبير، فإنَّ أحد الاجتهادات المختلفة لا يمثل حتماً نظرية الشريعة، إذ لا يتعيَّن به الصواب في فهم نصوصها، وإنما يمثِّل رأي صاحبه في الناحية المختلَف فيها.

والصواب في هذه القضية ما عليه الاجتهادات الأخرى مما أوضحناه آنفاً: أنَّ حق وليِّ الدم إنما هو في نوع العقوبة. أما أصلها فحق الشرع لا

يسقطه عفو المجني عليه أو وليه، لأنَّ سقوط نوع العقوبة لا يستلزم سقوط أصلها، كما تقدَّم (ف ٤٩/٨).

هذا ما تشهد له قواعد الشريعة ومقاصدها العامة التي يجب تنزيل النصوص الخاصَّة على منازلها منها. ولذا لو لم يكن للقتيل وارث كان حق القصاص إلى الحاكم، وليس لهذا الحاكم حق العفو كما نقلناه آنفاً.

وإنَّ نصوص الفقهاء صريحة مستفيضة في أنَّ القِصاص يشتمل على حق خاص للشخص، وحق عام للشرع (ر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ٤/ ١٦١).

ومن المقرَّرات البديهية في فقه الشريعة أنَّ حقوق الشرع العامة لا تسقط بإسقاط أحد. ولذا لا يسقط حدُّ السرقة مثلاً بعفو المسروق منه، وكذا غيره من الحدود، لأنها حق عام.

وسنرى قريباً أنَّ العقوبة التعزيرية على الضرب والشتم ونحوهما إذا عفَا فيها المعتدى عليه لا يكون عفوه في نظر الفقهاء مسقطاً لحق السلطان في عقاب الفاعل بما يكفي للتأديب والزجر باسم المصلحة العامة (ر: ف ٥٠/٥) ففي جناية القتل يكون ذلك بطريق الأولوية.

ثم إنَّ الاجتهادات التي اتجهت هذا الاتجاه السديد قد اختلفت بعد ذلك في تحديد عقوبة القاتل أو تفويضها إذا عفا عنه ولي القصاص. فذهب مالك والليث بن سعد وأهل المدينة إلى أنه يعاقب بعد العفو عنه بالجلد والسجن. وحجتهم في هذا التحديد أنه المروي عن عمر بن الخطاب.

وذهب غيرهم إلى أنَّ عقوبته بعد العفو مفوَّضة للإمام فيما يراه كافياً من العقوبات.

(ر: بداية المجتهد، آخر بحث موجب القصاص ٢/ ٣٣٨ والمغني لابن قدامة الحنبلي ٩/ ٤٦٨).

وهذا الرأي الأخير هو مقتضى قواعد المذهب الحنفي[١].

* * *

(١) يقول الأستاذ الكبير الشيخ عبد الوهاب الخلاف أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة ـ رحمه الله تعالى ـ في محاضرة له عنوانها (الشريعة الإسلامية مصدر صالح للتشريع الحديث) ما نصه:
«النظرية الشرعية في هذا ـ أي حق ولي القتيل في العفو عن القِصاص ـ مبنية على أن جريمة القتل وقعت على المجني عليه وذويه، وعلى الهيئة الاجتماعية وقوانينها. ولهذا كان عقاب القاتل حقاً لهما. وهذا معنى قول الأصوليين: «القصاص فيه حق العبد وحق الله». وبناء على هذا إذا ثبت القتل العمد العدوان وطلب ولي المقتول القصاص من القاتل وجب القصاص منه. وأما إذا عفَا سقط حقه في القِصاص، ولكن لم يسقط حق الحكومة في عقاب القاتل بما تراه. ورأيي أنَّ النظرية الإسلامية في هذا هي النظرية الفطرية التي تؤيِّدها غرائز الناس لأنَّ المجني عليه وأولياءه وقعت عليهم الجريمة مباشرة، فليس من العدل إهمال جانبهم. بل العدل مراعاة شعورهم: فإن طلبوا القِصَاص كان فيه شفاء صدورهم، وإطفاء نار حقدهم. وإن طلبوا العفو كان طلبهم جديراً بالنظر والتقدير، لأنه لا بد من ضرورة دعتهم إليه.
وإسقاطهم حقهم لا يمنع الحكومة من استيفاء حقها بعقاب القاتل انتقاماً للمجتمع ونظمه.
وأما النظرية التي بُنيت على أنَّ الجريمة وقعت على المجتمع وحده، ولا نظر إلى شخص المجني عليه، فهي نظرية خيالية بعيدة عما فُطِرَت عليه النفوس. ومن العدل أن نراعي جانبي أولياء المقتول والحكومة التي تمثلها النيابة العمومية. وفي هذا توفيق النظريتين» اهـ.
(انظر المحاضرة في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، السنة العاشرة العدد/ ٣).
هذا، ولِيُنظر في تفصيل مباحث القِصاص من المؤلفات المصرية المستوعبة كتاب «القِصاص في الشريعة الإسلامية» للدكتور أحمد محمد إبراهيم. وهو رسالة قيمة نال بها شهادة الدكتوراه من كلية الحقوق بالقاهرة، وكتاب «القصاص في فقه القرآن والسنة» للأستاذ الجليل الشيخ محمود شلتوت عضو جماعة كبار العلماء بمصر ثم شيخ الأزهر سابقاً.

الفصل الخمسون

المؤيدات التأديبية: العقوبات المفوضة، أو التعزير

٥٠/١ ـ التعزير في أصل اللغة: المنع والتأديب(١).

وفي الاصطلاح الفقهي هو: **معاقبة المجرم بعقاب مفوَّضٍ شرعاً إلى رأي ولي الأمر نوعاً ومقداراً.**

وذلك في جميع أنواع الجرائم والأعمال الممنوعة التي تستوجب الزجر والتأديب، غير موجبات الحدود والقصاص.

والنظر الشرعي في ذلك أنَّ الجرائم لا تنحصر، وقد يجدّ منها أنواع لم تكن معهودة من قبل. والجريمة الواحدة المعهودة قد تحدث لها صورٌ وأساليب تستدعي تدابير أخرى في قمعها. فلذلك تناول الشرع بالتخصيص من تلك الجرائم الشائعة ما هي أشد إخلالاً بنظام الإسلام الاجتماعي الأساسي، وهي موجبات الحدود فقدَّر عقوبتها وترك ما وراءها مفوَّضاً ترتيبه وتقديره إلى أولياء الأمر العام، يقدرونه في كل جريمة بحسبها، تبعاً لاختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص ودرجة التهذيب الاجتماعي.

فمن الناس من ينزجر بالتنبيه والزجر اليسير. ومنهم من لا يكفيه ويكفُّه إلا العقاب الكثير. ومن ثم كان للحاكم أن يعاقب على الفعل الواحد بعقوبات متفاوتة بحسب تفاوت الأشخاص ودرجة تأثرهم بالعقاب (ر: فتح

---

(١) ويأتي بمعنى النصرة لأن فيها منعاً وقمعاً، وعليه ما في القرآن: ﴿ فَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ بِهِۦ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَٱتَّبَعُوا۟ ٱلنُّورَ ٱلَّذِىٓ أُنزِلَ مَعَهُۥٓ ۙ أُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿١٥٧﴾ ﴾ (ر: مفردات الراغب، والمغني لابن قدامة الحنبلي ١٠/٣٤٧).

القدير، وشرح الكنز للزيلعي باب التعزير، والدر المختار ورد المحتار ٣/ ١٧٩).

٢/٥٠ ـ ويكون التعزير بكل ما يراه الحكام مناسباً من أنواع العقوبات المشروعة، وهي التي فيها تأديب بلا تعذيب، من جلد وحبس ونفي وتغريم مالي[1]، وهو المسمى اليوم: **«الجزاء النقدي، أو الغرامة المالية»** ويمكن أن يبلغ التعزير الإعدام.

فقد صرَّح فقهاء الحنفية بأن أدنى التعزير نظرة شزر من الحاكم إلى المذنب أو أن يقول له: «بلغني عنك كذا» إذا كان الذنب هفوة صغيرة، والمذنبُ من ذوي الشرف والمروءات الذين يكفيهم للردع هذا القدر، وأنَّ أعلى عقوبة التعزير هو الإعدام إذا كان الجرم خطيراً وتحتاج سياسة قمعه بين الناس إلى هذه الشدة، كما في جرم المتاجرة بتهريب المخدرات اليوم.

---

(١) اختلف الفقهاء قديماً في جواز التعزير بأخذ المال، أي بالجزاء النقدي، خوفاً من أن يتسلَّط به الظلام من الحكام على أموال الناس فيأخذوها باسم العقوبة ثم يأكلونها. وذهب القاضي أبو يوسف إلى جوازه (رد المحتار ٣/ ١٧٨).
وقد نقل محمد بن محمد القرشي المعروف بابن الأخوة من فقهاء الشافعية أن الإمام الشافعي أوجب بعض تغريمات مالية معينة في العقوبة على اقتراف بعض المنكرات.
وقد استدل لذلك بما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال بشأن زكاة الإبل: «في كل سائمة إبل في أربعين بنتُ لَبون......، من أعطاها مُؤتجراً بها فله أجرها، ومَنْ مَنَعها فإنّا آخذوها وشَطْرَ مالِه، عَزْمةً من عَزَماتِ ربنا عز وجلّ، ليس لمحمَّد ولا لآلِ محمد منها شيء».
(ر: الباب الخمسين من كتاب «معالم القربة من أحكام الحسبة» لابن الأخوة، وهو أوسع وأهم ما رأيناه من مؤلفات الفقهاء في الحسبة، رتَّبه مؤلفه الجليل على سبعين باباً. وقد نشره المستشرق روبين ليوس، وطبعه بمطبعة دار الفنون في مدينة «كمبردج» بإنكلترة وقدَّمه بمقدمة ضافية باللغة الإنكليزية) والحديث رواه أحمد وأبو داود والنسائي وحسَّنه المحدِّث الألباني في صحيح الجامع الصغير.
أقول:
لا شك اليوم أنه بعدما أصبحت عقوبة التغريم المالي يسجل الحكم بها ويخضع تنفيذها للمحاسبة، وتدخل الخزينة العامة رأساً، لم يبق فيها ذلك المحذور.

وعلى هذا استقر اجتهاد الحنفية (ر: رد المحتار ٣/ ١٧٩).

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه أنه قال:

«سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»[1].

وأحدث علي بن أبي طالب كرَّم الله وجهه السجونَ لحبس المجرمين.

٣/٥٠ ـ وقد نقل الفقيه الجليل الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي آراءً لبعض المجتهدين ولرجال مذاهبهم في تحديد مقادير العقوبات التعزيرية في بعض الجرائم والتهم بحسب قوة الجريمة وقوة التهمة، ثم قال في ذلك:

«وهذا الترتيب، وإن كان مستحسناً في الظاهر، فقد تجرَّد الاستحسان فيه عن دليل يتقدر به» اهـ. (ر: «الأحكام السلطانية» للماوردي، فصل التعزير).

ومعنى ذلك أنَّ تقدير الفقهاء فيه لبعض تلك العقوبات التعزيرية التي ذكرها إنما هو من قبيل إنارة الطريق للحكام وولاة الأمر، وليس تحديداً إلزامياً مستنداً إلى دليل في أصل الشريعة، فإنَّ حق التقدير في التعزير عائد شرعاً إلى ولاة الأمر بحسب المصلحة الزمنية.

غير أنَّ عقوبة الضرب خاصة قد حُدِّد لها شرعاً حدٌّ أعلى لا يجوز تجاوزه. فقد صرَّح الفقهاء بأنه: لا يجوز أن يبلغ الضرب في التعزير أقل الحدود[2]، بل يجب أن ينقص عنه ولو جلدة واحدة، لقول الرسول عليه

---

(١) ر: «معين الحكام» للشيخ علاء الدين الطرابلسي الحنفي، القسم الثالث من القضاء بالسياسة الشرعية ص/٢١٧.

ويروى نظير هذه الكلمة أيضاً عن زياد في خطبته البتراء المشهورة.

(٢) أقل الحدود أربعون جلدة، لأنها حد القذف والشرب للأرقاء، فإنَّ عقوبتهم في هذه الحدود شرعاً نصف عقوبة الأحرار.

الصلاة والسلام: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»[1].

ولكن يمكن التغليظ بإضافة عقوبة أخرى إلى الضرب كالحبس والتغريم مثلاً.

وقال الإمام مالك بجواز زيادة التعزير عن الحد إذا اقتضت ذلك حاجة القمع. واستدل بما روي من أن معن بن زائدة[2] قد زوَّر خاتم بيت المال وأتى به الأمين فأخذ به مالاً، فعلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالأمر فضرب معن بن زائدة مائة سوط. فكُلِّمَ فيه فضربه مائة أخرى وحبسه. فَكُلِّم فيه من بعد فضربه مائة أخرى ونفاه.

(ر: «المغني والشرح الكبير» باب التعزير ١٠/٣٤٨ و٣٥٧، وفتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام ٥/١١٦، والإصابة ٣/٥٢٨، وفتوح البلدان ص/٤٤٨، وسيرة عمر بن الخطاب للطنطاوي ص/٣٣٧).

٥٠/ ٤ ـ ضابط ما يوجب التعزير:

إذا كانت المصلحة قد قضت بأن تترك العقوبة التعزيرية مفوَّضة شرعاً

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن (٨/ ٣٢٧ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما.
وقال: المحفوظ هذا الحديث مرسل.

(٢) هكذا ورد الاسم في سائر المصادر الفقهية والتاريخية التي نقلنا عنها. والظاهر أنَّ في الاسم تحريفاً وصوابه (معن بن أوس)؛ وهو شاعر متين من مخضرمي الجاهلية والإسلام، وله مع عمر بن الخطاب أخبار، وهو معن بن أوس بن نصر بن زياد. فكأنه ورد في مصادر الأخبار الأولى: (معن بن زياد) منسوباً إلى جده الأعلى، فظنه الناقلون ابن زائدة لشهرة هذا، ولم ينتبهوا إلى أنَّ ابن زائدة من مخضرمي الدولتين الأموية والعباسية وقد توفي سنة (١٥٠) هجرية كما في «شذرات الذهب» لابن العماد الحنبلي و«قاموس الأعلام» للزركلي، ولم يذكر أحد أن ابن زائدة أدرك عهد عمر.
وقد روى القصة صاحب «الإصابة» في القسم الرابع، واستشكل هذا الإشكال، وذكر احتمال أن يكون معن بن زائدة شخصاً آخر بهذا الاسم. ويؤيِّد ذلك وروده في عدد من الروايات بعبارة؛ «رجل اسمه معن بن زائدة» كما في الرواية التي نقلها الأستاذ علي الطنطاوي في «سيرة عمر».

إلى رأي الحكام دون تحديد ثابت، فإنَّ من اللازم تحديد السبب أي تحديد الحالة الجرمية التي يستحق الإنسان بها التعزير. وهذا ما فعله الفقهاء، فقد نصبوا لما يوجب التعزير ضابطاً عاماً فقالوا: **الضابط أن كل من ارتكب منكراً، أو آذى غيره بغير حق، بقول أو بفعل أو إشارة، يلزمه التعزير.**

(ر: الدر المختار ورد المحتار ٣/ ١٨٢ و١٨٥).

فيدخل في عموم هذا الضابط جميع الجرائم المخلَّة بالنظام، سواءٌ أكانت عدواناً من بعض الناس على بعض في النفس أو المال، كالضرب والشتم والإرهاب والتزوير وشهادة الزور والغش والاحتيال وما شاكلها؛ أو كانت انتهاكاً للحرمات الدينية وجهراً بالمعاصي، كإفطار رمضان، والاستهزاء بالدين، والدعوة إلى الزندقة، والإخلال بالآداب العامة، وما أشبه ذلك.

ويدخل أيضاً في ارتكاب المنكر إهمال الواجبات الدينية، ومن جملتها التعليم والتعلم. فإذا قصر العالم في واجب التعليم، أو قصَّر الجاهل في تعلم القدر الواجب شرعاً من العلم استحقا عقوبة التعزير على التقصير، فإن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «طلب العلم فريضة على كل مسلم»[1].

---

(١) ذكر الحافظ المنذري في الترغيب والترهيب في كتاب العلم ١/ ٨٦، أنَّ رسول الله ﷺ خطب ذات يوم فأثنى على طوائف من المسلمين خيراً، ثم قال:
«ما بال أقوام لا يفقِّهون جيرانهم، ولا يعلمونهم، ولا يعظونهم ولا يأمرونهم، ولا ينهونهم؟ وما بال أقوام لا يتعلمون من جيرانهم ولا يتفقهون، ولا يتعظون؟ والله ليعلمن قوم جيرانهم ويفقهونهم، ويعظونهم، ويأمرونهم، وينهونهم، وليتعلمن قوم من جيرانهم ويتفقهون، ويتعظون، أو لأعاجلنَّهم العقوبة في الدنيا».
فقال قوم: مَنْ ترونه عنى بهؤلاء؟ قالوا: عنى الأشعريين، هم قوم فقهاء، ولهم جيران جفاة من أهل المياه والأعراب. فبلغ ذلك الأشعريين، فأتوا رسولَ الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله، ذكرت قوماً بخير، وذكرتنا بشر، فما بالنا؟ فأعاد عليهم إنذاره. فقالوا: يا رسول الله، أنفطن غيرنا؟ فأعاد قوله عليهم. فأعادوا قولهم: أنفطن غيرنا؟ فأعاد أيضاً قوله عليهم: فقالوا يا رسول الله أمهلنا سنة. فأمهلهم سنة ليفقهوهم، ويعلموهم، ويعظوهم. ثم قرأ رسول الله ﷺ قول الله تعالى في القرآن: =

ولفظ المسلم هنا يشمل الرجل والمرأة، لأن الحكم منوط بصفة مشتركة هي الإسلام.

٥٠/٥ ـ صفة التعزير، وأثر العفو فيه:

إذا كان الجرم الموجب للتعزير من قبيل انتهاك الحرمات الدينية المحضة دون عدوان على أحد من الناس كانت عقوبة التعزير حقاً للشرع خالصاً. وإذا كان فيه عدوان على شخص بضرب أو شتم أو غير ذلك كان في التعزير حقان: حق للشخص في الانتصاف له من الفاعل، وحق للشرع في التأديب والقمع.

فمتى كان فيه حق لشخص معتدى عليه وهو يطالب بالانتصاف فليس للسلطان الحاكم أن يعفو عن العقوبة، لأنه ليس له إسقاط حقوق الناس.

وإذا عفا المعتدَى عليه، أو كان التعزير في قضية من حقوق الشرع الخالصة، فعلى الحاكم أن يعاقب للتأديب رغم عفو صاحب الحق الشخصي. ذلك لأنَّ صاحب الحق، كما يقول الفقهاء، إنما يملك العفو عن حقه. فيبقى حق السلطة في التقويم والتهذيب.

(ر: الأحكام السلطانية للماوردي، فصل التعزير).

= ﴿لُعِنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنۢ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ عَلَىٰ لِسَانِ دَاوُۥدَ وَعِيسَى ٱبۡنِ مَرۡيَمَۚ ذَٰلِكَ بِمَا عَصَواْ وَّكَانُواْ يَعۡتَدُونَ ﴿٧٨﴾ كَانُواْ لَا يَتَنَاهَوۡنَ عَن مُّنكَرٖ فَعَلُوهُۚ لَبِئۡسَ مَا كَانُواْ يَفۡعَلُونَ ﴿٧٩﴾﴾.

رواه الطبراني في الكبير عن بُكير بن معروف عن علقمة (ر: الرسول المعلم، للعلامة الشيخ عبد الفتاح أبو غدة رحمه الله تعالى ص١٥ ـ ١٧).

وقولهم «أنفطِّن غيرنا»: أي هل يجب علينا تفطين سوانا ـ أي جعله ذا فطنة، وهي النباهة والمعرفة.

أقول: إنَّ هذا الموقف العظيم في اعتبار التقصير في التعليم والتعلم جريمةً اجتماعيةً يستحقُّ مرتكبها العقوبة الدنيوية، هو موقف لم يرو التاريخ له مثيلاً في تقديس العلم قبل النبي عليه الصلاة والسلام ولا بعده!!.

ولذا صرَّح الفقهاء بأنه إذا ضرب شخص غيره فضربه المضروب يعزر الاثنان كلاهما (ر: رد المحتار ٣/ ١٨١).

وقد روى الطبري: «أنَّ أمير المؤمنين علياً كرم الله وجهه سمع وهو في الطريق صوت مستغيث. فأسرع وهو يقول: أتاك الغوث، وتبيَّن الأمر فإذا رجل باع لآخر ثوباً بتسعة دراهم، فأراد البائع ردَّ بعض الدارهم لعيبه، فأبى المشتري ولطمه حين لازمه. فطلب عليٌّ البيِّنة على اللطم. فلما شهدت أقعد المشتري، وقال للبائع: دونك فاقتص. فقال البائع: إني عفوت يا أمير المؤمنين. فقال علي: إنما أردت الاحتياط في حقك؛ ثم ضرب الرجل تسع دِرّات[1]، وقال: هذا حق السلطان»[2].

(ر: تاريخ الأمم والملوك للطبري ٦/ ٩٠).

٦/٥٠ ـ على أنه في حال عفو المتضرر، أو خلو التعزير عن حق لشخص يجوز للحاكم أن يعفو إذا تحقق انزجار الفاعل ورأى أنَّ العفو أصلح له. (ر: الأحكام السلطانية أيضاً، ورد المحتار ٣/ ١٨٦ ـ ١٨٧).

ومن الواضح أنه لا يُعتبر منح الشرع لولي الأمر حق العفو في التعزير دون تحتيم العقاب مخلاً بفكرة الحق العام، لأنَّ هذا المنح مقيد بمقتضى المصلحة كما رأينا.

على أنَّ النظريات والقوانين الجزائية الحديثة لدينا ولدى أرقى الأمم في التشريع القانوني اليوم تمنح رئيس الدولة حق العفو الخاص حتى في أعظم الجرائم من القتل فما دونه بعد القضاء بها إذا وجد في العفو مصلحة؛ ولم يعتبر هذا مخلاً بفكرة الحق العام.

وإنَّ طريقة **الحكم بالعقاب مؤجل التنفيذ**، وهي المعروفة في التشريع الفرنسي باسم sursis والمعدودة من أرقى طرائق التشريع الجزائي الحديث

---

(١) الدِرَّة (بكسر الدال المهملة وتشديد الراء): هي السوط.

(٢) السلطان: أصل معناه السلطة والسيطرة، ثم أطلق على الحاكم الأعلى.

التي جمعت بين المحافظة على الحق العام واعتبار الحيثيات الشخصية وسياسة المصالح، ليست تلك الطريقة إلا لوناً من العفو المعلّق الذي فوّضه الشرع الإسلامي لولاة الأمر الحاكمين يستعملونه بحسب المصلحة.

٧/٥٠ ـ يتضح مما سلف بيانه أنَّ قاعدة التعزير الإسلامية هي قانون جزائي عام مرن غير مقيَّد ولا محدود، بل هو صالح لأن يلبس في كل عصر ما يقتضيه من صور العقوبات ومقاديرها.

ومن ثم يعتبر الفقهاء التعزير داخلاً في نطاق السياسة الشرعية التي يعرّفونها بأنها: **فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد فيه دليل شرعي خاص.**

فالسياسة الشرعية هي من قبيل الاستصلاح الذي سلَفَ بيانه في المصادر التبعية لأحكام الشريعة.

وقد قالوا: إنَّ باب التعزير هو الضامن المتكفل لأحكام السياسة الشرعية (ر: رد المحتار ١٤٨/٣ نقلاً عن البحر الرائق لابن نجيم).

٨/٥٠ ـ تقنين العقوبات اليوم يدخل في نظام التعزير الإسلامي:

وإذا كانت عقوبة التعزير في الإسلام مفوَّضة لآراء الحكام دون تقدير فإنَّ هذا لا ينافي ولا يمنع تقدير العقوبات وتحديدها بقانون لمختلف أنواع الجرائم، ضبطاً للأحكام، وجَرْياً مع الدواعي الزمنية، كما يحصل في قوانين العقوبات في العصر الحاضر، لأنَّ هذا التحديد داخل في ذلك التفويض.

فقانون العقوبات لدينا اليوم تدخل معظم أحكامه في نطاق التعزير المشروع بالنظر الإسلامي، سوى ما فيه من إهمال للحدود، وإخلال بالقصاص في بعض مواطنه.

وإن وضع حدين أدنى وأعلى في قوانين الجزاء الحديثة لعقوبة كل

جريمة هو اعتماد من السلطات المقننة على نظر الحكام، وتفويض إليهم بمقدار ما لم تجد تلك السلطات مندوحة عنه.

ولكن الشرع الإسلامي جعل هذا التفويض أساساً بنطاق أوسع، وترك التحديد للسلطات الزمنية تتصرف في كل زمان ومكان بحسبهما. فيكون تحديد العقوبات في التقنين الجزائي إنما هو تنفيذ من أولياء الأمر للنظرية الإسلامية فيه، واستعمال منهم لسلطتهم الشرعية في هذا التحديد ولكن بصورة مسبقة قبل وقوع الجرائم، ليكون المجرم على بينة من نوع العقوبة ومقدارها قبل إقدامه. ومن البديهي أنَّ هذا التسبيق في التحديد داخل في الصلاحيات والسلطة المفوضة شرعاً إلى أولياء الأمر في هذا الشأن.

٥٠/٩ ـ هذا، ونختم البحث في المؤيدات التأديبية بكلمة للأستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني علَّق بها على ما عرضه من قاعدة التعزير فقال؛

«وأنت ترى من ذلك أنَّ التعزير في الشرع الإسلامي وسيلة عادلة مرنة، تفسح للحاكم المجال للعمل وفقاً للمصلحة العامة التي تقضي بزجر المفسدين وتأديبهم.

فهذا دليل آخر على أنَّ الشريعة الإسلامية ليست من الجمود بحيث رماها بعض الناس؛ بل هي على العكس قابلة للتطور بحسب المصلحة في كل عصر. وإنما التعزير وسيلة كغيرها من الوسائل تجيز للقاضي أن يتوسَّع في تطبيق الأحكام الجزائية حسب كل واقعة، وحسب كل مجرم، للتوصل إلى الغاية المقصودة من كل عقوبة عامة، وهي ردع المجرم وزجر أمثاله عن تقليده.

وهذا بلا ريب باب واسع لاقتباس ما حسن من القوانين الجزائية العصرية إذا اقتضى الأمر، ولمجاراة تيار المدنية والحاجات الاجتماعية المتقلبة» اهـ.

(كتاب «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» للأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني ١/ ١٣١)[1].

أقول:

إننا مع تقديرنا لهذا الدفاع عن الشريعة الإسلامية من قبل الدكتور المحمصاني نراه دفاعاً ضعيفاً، لأن فيه ـ عن غير قصد منه ـ شبه تسليم بأنَّ في الشريعة جموداً لكن ليس بالدرجة التي يزعمونها! وكذلك القول بأنها قابلة للتطور، فإنه شبه تسليم بالنقص في أصلها.

والواقع أنَّ هذه الشريعة السمحة التي طبقت آفاق الأرض بنظامها القانوني الرائع قد استغنت عن التطور بأنها جاءت بمبادىء قانونية ذات قيم ثابتة خالدة في نصوص عامة مرنة، كما أوضحناه في مناسبات سابقة.

فالذي يحتاج إلى التطور ليس هو الشريعة الإسلامية ذاتها، بل هو (أولاً) الإدراك العقلي والتجريبي لدى خصومها الجاهلين. (ثانياً) وسائل التطبيق الزمنية وفقه الفقهاء.

فقول الله سبحانه مثلاً: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ وكذا قول الرسول ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**» هما مبدآن تشريعيان خالدان لا يمكن أن يتطورا إلى أكمل منهما في موضوعهما، وإنما تتطور وسائل تطبيقهما والقضاء بهما.

بما تقدم نختتم الكلام عن المؤيدات التأديبية، وننتقل فيما يلي إلى المؤيدات المدنية (وهي: البطلان والفساد والتوقف والتخيير) في العقود.

وقد رأينا أنَّ التوقف في أحكام العقد هو مؤيد يقصد به ـ غالباً ـ

---

(١) انظر في موضوع المؤيدات التأديبية محاضرتنا عن «الحق العام في الإسلام» المنشورة في «الجريدة الحقوقية» التي تصدر بحلب (العدد / ٢٥ السنة/ ٢٠) وفي «مجلة معهد الحقوق السوري» بدمشق (العدد/ ٣ السنة الأولى).

حماية حق لشخص عندما يمسه تصرُّف صادر من غيره دون نيابة عنه، وأنَّ التخيير هو أيضاً مؤيد يمنح الشرع بمقتضاه أحد العاقدَين خياراً لضمان التوازن الإرادي عندما يختل بين الطرفين بسبب طغيان مصلحة أحدهما على مصلحة الآخر دون تحقق رضاه (ر: ف ٧/٤٨).

وبما أن التوقف والتخيير قد سَلَف بيانهما مفصَّلاً في نظرية العقود عند البحث في شوائب الإرادة، وفي الآثار العامة للعقود في نظريتي عدم النفاذ، وعدم اللزوم، لذلك نكتفي هنا بهذه الإشارة إلى موقعهما من نظرية المؤيِّدات، اجتزاءً بما تقدم عنهما، ونحيل القارىء عليه.

وسيقتصر كلامنا في فصول البحوث التالية على **البطلان** في الفصول/ ٥١ ـ ٥٣/ ثم على **الفساد** في الفصول/ ٥٤ ـ ٥٧ ثم نختم باب المؤيدات بالفصل /٥٨ الذي نقارن فيه نظرية البطلان في الفقه الأجنبي بنظريتي البطلان والفساد في الفقه الإسلامي.



الفصل الحادي والخمسون

نظرية البطلان:

١ ـ تعريف البطلان لغة واصطلاحاً.

٢ ـ الوجود الفعلي والوجود الاعتباري.

٣ ـ تطبيق ذلك على التصرفات القولية والفعلية.

٤ ـ تحديد سبب البطلان.

٥ ـ تجزؤ البطلان.

٦ ـ الفرق بين بطلان العقد وانفساخه.

تمهيد عن المؤيدات المدنية: البطلان والفساد

٥١/ ١ ـ بينا فيما سلف في ختام الفصل/٤٨ أنَّ المؤيِّدات المدنية لنظام المعاملات تبرز في التشريع بصور أربع: **البطلان، والفساد، والتوقف والتخيير**.

أولاً: تعريف البطلان لغة واصطلاحاً

٥١/ ٢ ـ البطلان في أصل اللغة: سقوط الشيء لفساده.

ويقال: بطل دم القتيل، إذا ذهب هَدْراً بلا ثأر ولا دية ومنه قيل للشجاع: بطل (بفتحتين)، لأنه يعرض دمه أو دم منازله للبطلان.

ـ والباطل ما لا ثبات له عند الفحص عنه، ومنه قيل لخلاف الحق «باطل»، وعليه قول كعب بن زهير:

ومـن دعـا الـنـاس إلـى ذمـه ذمـوه بـالـحـق وبـالـبـاطـل

وعلى هذا المعنى يقع ما في القرآن من نحو قوله تعالى عن عبدة الأصنام.

﴿إِنَّ هَٰٓؤُلَآءِ مُتَبَّرٌ[1] مَّا هُمْ فِيهِ وَبَٰطِلٌ مَّا كَانُواْ يَعْمَلُونَ﴾ [سورة الأعراف ١٣٩/٧] ومنه تعبير «أكل المال بالباطل» أي بغير حق.

وإبطال الشيء إفساده وإزالته، حقاً كان الشيء في ذاته أو باطلاً. (ر: المصباح، ومفردات القرآن للراغب الأصفهاني).

ـ ثم جاء القرآن باستعمال البطلان في معنى ديني اعتقادي محض، وهو أن لا يترتب على العمل الحسن في ذاته ثوابه الموعود في الآخرة، لما يصاحبه من سوء. وعلى هذا قوله تعالى:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُبْطِلُواْ صَدَقَٰتِكُم بِٱلْمَنِّ وَٱلْأَذَىٰ﴾ [سورة البقرة: ٢٦٤/٢].

ـ ثم لما بدأت تتكون لغة الفقه الإسلامي واصطلاحاته، أخذ البطلان في لسان الفقهاء معنى عملياً تشريعياً جديداً، فاستعملوه بمعنى **عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي** عندما يكون ذلك العمل غير معتبر في نظر الشارع، بحيث يعدُّ وجوده كعدمه، لمخالفة ناحية يوجب الشارع مراعاتها فيه. فلا يترتب عليه أثره الشرعي الخاص من نشوء حق أو سقوط تكليف. ويجري ذلك في العبادات الدينية والأعمال والمعاملات المدنية على السواء: فبطلان الصلاة والصيام مثلاً هو عدم اعتبار صحة لهما. فلا يبرئان ذمة المكلَّف بهما عن الواجب، بل يبقى مكلفاً بإعادتهما.

وبطلان التصرُّف الشرعي من بيع وشراء، وزواج وطلاق، وإقرار وإبراء، وأخذ وعطاء، وسائر المعاملات المدنية، هو عدم حصول آثارها المقررة لها شرعاً بين الناس، من امتلاك وانتفاع، واستباحة واستمتاع، وسائر الحقوق والثمرات والمصالح التي جعل ذلك التصرُّف سبيلاً إليها وسبباً منشئاً لها.

---

(١) متبَّر (بفتح الباء الموحدة المشددة) صيغة مفعول من التتبير بمعنى الإهلاك. والتبار كالهلاك وزناً ومعنى.

هذا محصَّل نظر الفقهاء وكلامهم في ذلك: (ر: «الموافقات» للشاطبي ١/ ٢٩٢ ـ ٢٩٦).

وهذا هو **البطلان المطلق** نفسه بالمعنى القانوني في الاصطلاح الحقوقي الأجنبي. (ر: الموجز في الالتزامات» للأستاذ السنهوري (ف/ ١٦٤).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي الذي نختاره للبطلان

٥١/ ٣ ـ الوجود الحسّي والوجود الاعتباري:

إنَّ كل تصرف من الإنسان له ناحيتان في الوجود:

ـ **وجود حسي**، وهو وقوعه بحركته وصورته المادية.

ـ **ووجود اعتباري**، وهو أن يعتبر الشارع له بعد وقوعه صفة الصلوح لأن تترتب عليه أحكامه، وهي آثاره المقررة له شرعاً.

ومن الواضح أن كل ما كان له صفة اعتبارية متوقفة عليها أحكامه فإن عدم اعتباره يجعل وجوده كعدمه. فهو كصورة جامدة لا روح فيها ولا تأثير لها، وإنما الاعتبار الشرعي هو الذي ينفخ فيها الروح، ويهبها الحياة والفعالية.

وهذا نظر عام يصدق على جميع التصرُّفات المدنية من قولية وفعلية، أي إنَّ البطلان بمعناه المدني يلحق الأفعال كما يلحق الأقوال.

وعلى ذلك يمكننا تعريف البطلان في الاصطلاح الفقهي بأنه:

«عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع» أي ان البطلان هو عدم ذلك الوجود الاعتباري للتصرف، وإن وجدت صورته الحسية.

ثالثاً: تطبيق ذلك على التصرُّفات القولية والفعلية

٥١/ ٤ ـ أ ـ بطلان التصرُّفات القولية:

إنَّ التصرُّفات القولية تكون عقدية وغير عقدية كما تقدم (ف ٢٧/ ١).

أ ـ فالعقود، كالبيع والإجارة والهبة، وجودها الحسي هو صدور الإيجاب والقَبول، أو ما يقوم مقامهما مما تعقد به العقود عادة.

ووجودها الاعتباري، هو كونها رابطة منعقدة تربط المتعاقدين بحقوق والتزامات رتبها الشرع على انعقاد هذه الرابطة بينهما.

فإذا وجدت هذه العقود مستوفية مقوماتها وشرائطها الأساسية في نظر الشارع اعتبرت منعقدة، أي موجودة شرعاً كما وجدت حساً، وترتبت عليها أحكامها ونتائجها التي رتبها الشارع على انعقادها من تمليك أو غيره.

وأما إذا وقعت غير مستوفية لأركانها وشرائطها التي جعل الشارع وجودها الاعتباري متوقفاً عليها في نظره، كما لو صدر البيع من مجنون، أو حصلت الهبة والتبرع من مال وقف أو مال قاصر صغير، فإنَّ العقد، رغم **وجوده حسّاً**، يكون **معدوماً اعتباراً**، أي غير منعقد. فلا يترتب عليه حكمه من تمليك أو التزام. وهذا معنى **بطلان العقد.** (ر: البدائع في الإجارة ٤/٢١٨، وفي البيوع ٥/٣٠٥).

ب ـ ومثل ذلك يقال في غير العقود من التصرف القولي، سواء أكان إخباراً كالإقرار، أو كان إنشاءً كالدعوى بطلب الحق.

١ ـ فالإقرار هو: إخبار من المرء بحق عليه لغيره (المجلة/ ١٥٧٢). فإذا صدرَ الإقرار من شخص مستوفياً شرائطه يؤاخذ به المقر، لأن من القوانين العامة أنَّ المرء مؤاخَذٌ بإقراره: فمن أقرَّ بعقد لزمه حكمه، ومن أقرَّ بفعل كإتلاف ونحوه لزمه موجبه من الضمان والمسؤولية (المجلة/ ٧٩ و١٥٧٧).

لكن إذا نقص الإقرارَ بعض شرائطه الشرعية كما لو صَدَر من غير ذي أهلية كالصغير، أو صَدَر من ذي أهلية لكنه ظاهر الكذب كمن أقرَّ بأنه قطع يد فلان، واليد قائمة سليمة، فإنه لا يعتبر شرعاً، فيكون وجوده الحسي كعدمه، فلا يؤاخذ به المقر. وعندئذ يقال: إنَّ الإقرار باطل.

٢ ـ والدعوى هي: طلب إنسان حقاً على غيره لدى الحاكم (المجلة ١٦١٣).

ويشترط لاعتبارها شرعاً كي يستمع إليها القاضي ويتقبلها شرائط معروفة في بابها، منها العقل في المدعي، ومعلومية الشيء المدَّعى به ليمكن تنفيذ القضاء فيه.

فإذا كان المدعي مثلاً صغيراً دون سن التمييز، أو كبيراً مجنوناً، أو كان الشيء المُدَّعى به مجهولاً أو مستحيلاً عقلاً أو عادة، فإنَّ الدعوى في كل هذه الأحوال تكون غير معتبرة الوجود شرعاً، وإن وجدت بالفعل أمام القضاء، وعندئذ يقال: إنها دعوى **باطلة**، فلا يستمع إليها القاضي، ولا يُسأل عنها الخصم.

٥١/ ٥ ـ ب ـ بطلان التصرُّفات الفعلية:

وكذلك يقال في التصرُّفات الفعلية، سواء أكانت مستقلة كإحراز المباحات، أو كانت مستندة إلى عقد كقبض المبيع مثلاً. فإنَّ هذه التصرُّفات هي أفعال حسية تترتب عليها نتائجها التي قررها لها الشارع عندما تستوفي شرائطها التي يتوقف عليها اعتبارها الشرعي.

فإذا لم تستوف شرائطها لا يكون لها اعتبار، فلا تترتب عليها آثارها.

أ ـ فإحراز الشيء المباح مثلاً ينشيء عليه شرعاً ملكية لمحرزه إذا استوفى الإحراز شرائطه التي منها أن يكون واقعاً بقصد التملك (ر: ف ٢٣/ ٥).

فإذا لم يقع بهذا القصد كان وجوده كعدمه، لأنه لم يكتسب الوجود الاعتباري في نظر الشارع فلا يترتب عليه حكمه وهو الملكية لمحرزه، بل يجوز لغيره أخذه.

ب ـ وتسليم المبيع إلى المشتري، لكي يعتبر تنفيذاً صحيحاً لعقد البيع، يجب فيه تسليم المبيع خالياً غير مشغول بحق لغير المشتري. فلو

سلَّم البائع الوعاء المبيع من كيس ونحوه مشغولاً بأشيائه كان التسليم باطلاً. فلا يترتب عليه حكمه وهو انتقال ضمان المبيع إلى عهدة المشتري، بل يبقى البائع هو المسؤول الضامن لهلاك المبيع كأنه لا يزال في يده حكماً دون تسليم، لأنه هو الشاغل له.

ومثل ذلك ما لو سلَّم البائع الأرضَ المبيعة مشغولة بزرعه، أو سلَّم الدار المبيعة مشغولةً بأمتعته، إلا أن يأذن البائع للمشتري بقبض ما فيها من أمواله، فينعقد بذلك إيداع. وعندئذ يصح التسليم ويعتبر المشتري متسلماً للمبيع بحكم البيع، ولما فيه من مال البائع على سبيل الوديعة.

ويدخل في شغلُ المبيع بحق الغير المانع من صحة التسليم في نظرالفقهاء مالو كانت الدار المبيعة مأجورة، لأنها عندئذ تحت سلطة المستأجر صاحب اليد المشروعة عليها. فلا يصح تسلم المشتري لها وإن كان بيعها صحيحاً. وليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن لعدم تهيئة المبيع للقبض[1]. (ر: رد المحتار ٤/٤٣).

ويمكن أن نعتبر نظير ذلك من التصرُّفات الفعلية الباطلة ما لو أن المشتري في البيع الصحيح قبض المبيع دون رضى البائع قبل أداء الثمن المستحق. فقد صرَّح الفقهاء أن قبضه هذا لا يعتبر شرعاً، ولا يسقط به

(١) يجب الانتباه اليوم إلى أنه في البلاد التي يوجد فيها سجل ونظام عقاريان، بحيث تكون قيود السجل هي المعتبرة في ثبوت الحقوق العقارية وانتقالها كما في بلادنا، يعتبر تسجيل بيع العقار في صحيفته من السجل العقاري في حكم التسليم الكافي، ولو كانت الدار مشغولة بأمتعة البائع أو بحقوق مستأجر. ذلك لأنَّ قيد السجل عندئذ يغني عن التسليم الفعلي ويقطع علاقة البائع فيصبح أجنبياً. وعلى هذا استقرَّ اجتهاد محكمة النقض السورية.

وإذا ظل بائع العقار شاغلاً له بعد التسجيل وممتنعاً عن تفريغه وتسليمه تنزع يده عنه بقوة القضاء، كما لو شغله غصباً بلا حق بعد التسليم.

فيبقى هذا الحكم الفقهي، بالنسبة إلى الأموال غير المنقولة، مقصوراً على الأماكن التي ليس فيها سجل ونظام عقاريان من هذا القبيل.

حق البائع في احتباس المبيع. بل يحق للبائع أن يسترده فيحتبسه عنده إلى أن يدفع المشتري جميع الثمن المستحق (ر: المجلة/ ٢٧٧ ـ ٢٧٨).

وكذا لو قبَضَ الموهوب له المال الموهوب دون إذن الواهب لأنَّ الهبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض المأذون، كما تقدم في نظرية العقود (ف ٣٠/ ١٣).

ولكن الأظهر أن يفهم من قول الفقهاء بعدم اعتبار قبض المبيع والموهوب في هاتين الحالتين وما يشبههما أنَّ القبض موقوف لا باطل، بدليل أن هذا القبض غير المعتبر يقبل **الإجازة** من البائع والواهب، فيصبح معتبراً ويفيد حكمه، بينما أن الباطل لا يقبل الإجازة، كما سنرى في نتائج البطلان (ر: ف ٥٣/ ١٠).

وعندئذ يكون قبض المبيع والموهوب في هذه الحال مثالاً لجريان نظرية التوقف في الأفعال كما في الأقوال.

ونظرية التوقف، أو عدم النفاذ، قد تقدم بيانها في نظرية العقود (ف/ ٣٨/ ١ وما بعدها) وأشرنا إليها في مطلع البحث عن المؤيدات المدنية (ف/ ٥١/ ١).

الفصل الثاني والخمسون

سبب البطلان

١/٥٢ ـ تحديد سبب البطلان:

يستنتج مما تقدَّم بيانه أنَّ البطلان في جميع حالاته وصوره يمكن رده إلى سبب واحد، هو **مخالفة التصرُّف لنظامه الشرعي في ناحية جوهرية.**

وبذلك يتجلى في البطلان معنى المؤيد الحامي لأحكام الشريعة الأصلية كما تقدم (ر: ف ٤/٤٨).

ومن ثم يقول الفقهاء في تعريف العقد الباطل: **هو العقد الذي ليس مشروعاً بأصله** (ر: الدرر ١٦٨/٢ وفتح القدير ٤٢/٦) وهم يريدون من عدم مشروعية العقد بأصله أنه قد وقع مخالفاً لناحية جوهرية من النظام الشرعي فيه.

٢/٥٢ ـ ما هي الناحية الجوهرية؟

نريد بالناحية الجوهرية التي توجب مخالفتها البطلان كل ناحية أو شريطة أساسية، سواء أكانت ذاتية، أي متعلقة ببعض الأوصاف المشروطة شرعاً في مقوِّمات التصرف وأركانه؛ أو كانت شكلية محضة.

فقد رأينا في نظرية العقود مثلاً أن لكل عقد مقوِّمات لا بد من وجودها لكي يتحقق وجوده الفعلي، ومن هذه المقومات أركانه (ر: ف ١/٢٩).

ثم إنَّ لكل من هذه المقوِّمات شرائط، أي صفات مطلوبة شرعاً لا بد من تحققها فيه حتى يتكون قوام العقد بمقوماته الصحيحة، ويكتسب وجوده الاعتباري (ر: ف ٩/٣١).

ورأينا أيضاً أنَّ هناك عقوداً شكلية يخضع تكوينها لمراسم معينة من تسجيل أو إشهاد أو كتابة، بحيث تعد تلك المراسم الشكلية في نظر التشريع من شرائط تكوينها، كالإشهاد في عقد الزواج شرعاً، وكالتسجيل في عقد الوكالة بالخصومة قانوناً (ر: ف ٧/٤٧ وحواشيها).

وهناك أيضاً عقود عينية يعتبر فيها تسليم الأعيان التي يرد عليها العقد شريطة لتمامها، كالقرض والوديعة (ر: ف ٣/٣٠).

فجميع تلك المقوِّمات العقدية، وشرائطها الأساسية ـ ومن جملتها المراسم والشكل في العقود الشكلية، والتسليم في العقود العينية ـ إنما تعبر دائماً عن تلك النواحي الأساسية في نظر الشارع وتحددها: إما بمقتضى نصِّه الصريح، وإما بطريق الاجتهاد في فهم نصوصه والقياس عليها. وذلك لكي يكون المكلَّف المتصرِّف على بصيرة من مصير عمله.

ومن ثم تسمى تلك الشرائط في العقود: **شرائط الانعقاد**، لأن كلاً منها يعبر عن ناحية من تلك النواحي الجوهرية التي إذا فقدت لم ينعقد العقد:

ـ فعدم أهلية العاقد (لصغره أو جنونه مثلاً) يوجب بطلان العقد لمخالفته **ناحية جوهرية** في نظام التعاقد من النواحي الذاتية. وكذا عدم قابلية محل العقد للتصرف الوارد عليه، كبيع المال الموقوف، وكزواج الرجل بمن لا تحل له من النساء.

ـ وعدم الإشهاد في عقد النكاح، وعدم التسجيل فيما يوجب القانون لانعقاده التسجيل في مقام رسمي، كل ذلك يوجب بطلان العقد لمخالفته **ناحية جوهرية** من النواحي **الشكلية** وهكذا...

على أنه قد تختلف الأنظار الاجتهادية في بعض النواحي من النظام التشريعي هل هي جوهرية أساسية يترتب على مخالفتها بطلان كلي، أو هي فرعية لا توجب بطلان التصرُّف من أصله، وإنما توجب خللاً آخر يسمى

فساداً يكون العقد معه مستحقاً للإبطال، كما سنرى في الفصل ٥٤ عن نظرية الفساد[١].

٣/٥٢ ـ تجزؤ البطلان:

والبطلان قابل للتجزؤ في نظر فقهائنا، فقد يكون العقد أو التصرُّف الواحد بعضه باطل وبعضه معتبر بالنسبة إلى ناحية دون أخرى من محله. وذلك لأنَّ الاعتبار الشرعي قد تتوافر شرائطه في جزء دون آخر من المحل، فلا مانع من تجزؤ الاعتبار[٢].

فقد نصَّ الفقهاء على أنه إذا جمع إنسان بين ماله ومال موقوف فباعهما صفقة واحدة صحَّ البيع في ماله بحصته من الثمن، وبطل في الموقوف (ر، الدر المختار ورد المحتار في البيع ٤/ ١٠٤).

وكذا لو جمع في النكاح بين امرأة تحل له وأخرى لا تحل فتزوجهما بعقد واحد، صحَّ النكاح في حق من تحلُّ له، وبطل في حق الأخرى. أما إذا كان البطلان في بعض غير معيَّن ولا سبيل إلى تعيينه فإنَّ البطلان يعم؛ وذلك كما لو جمع الرجل بين أختين في عقد زواج واحد. فإنَّ كل واحدة منهما يصح زواجه منها على انفراد، وإنما الممنوع الجمع بين أختين ومن

---

(١) من هذا القبيل اختلاف الاجتهادات في معلومية العوضين في عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والصلح عن مال بمال.
فقد ذهب الاجتهاد الشافعي إلى أن كل جهالة في العقد تورثه بطلاناً كلياً، لأنَّ معلومية المحل والبدل وما يتصل بهما ناحية أساسية في نظره.
وذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن معلومية المحل والعوض المقابل في العقود إنما هي ناحية فرعية لا توجب مخالفتها بطلاناً كلياً، وإنما توجب الفساد.

(٢) وبهذا النظر الفقهي في قابلية البطلان للتجزؤ جاء القانون المدني السوري الذي صدر أخيراً، إذ نصت المادة /١٤٤/ منه على أنه:
«إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبيَّن أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله».

في حكمهما. ولا مرجِّح لتصحيح العقد في واحدة بعينها، ولا فائدة لتصحيحه في واحدة غير معينة، فيبطل العقد في حقهما. وذلك بخلاف ما لو تزوجهما بعقدين على التعاقب، فإنَّ العقد الثاني عندئذ يكون هو الباطل، إلا إذا نسي الأول منهما فيبطلان كلاهما أيضاً لعدم المرجح، وعدم إمكان التنفيذ مع الجهالة (ر: «الهداية» وشروحها في النكاح ٣/ ١٢٣، و«الدرر» ١/ ٣٣١ و٣٣٣).

٥٢/ ٤ ـ الفرق بين بطلان العقد وانفساخه:

إنَّ الانفساخ الذي تقدَّم بيانه في بحث انحلال العقد آخر نظرية العقود هو شبيه بالبطلان. وقد يعبر فقهاؤنا عنه أحياناً بالبطلان تسامحاً في التعبير.

لكن الواقع أن بين البطلان بالمعنى والسبب اللذين سلف إيضاحهما، وبين انفساخ العقود، فرقاً بيِّناً.

أ ـ فبطلان العقد يكون عن مخالفةٍ لنظام التشريع من ناحية أساسية في عملية العقد. فالعقد عندئذ يكون من أصله باطلاً، أي معدوماً اعتباراً. فإذا انعقد العقد على وجهه الصحيح لا يتصور بعد ذلك فيه مخالفة في عملية العقد لأنها قد انقضت، إلا أن يتبين أنه قد كان هناك مخالفة مستورة توجب البطلان، فعندئذ يسترد الاعتبار، فيعتبر باطلاً منذ نشأ.

وبهذا يتجلى في بطلان العقد كونه مؤيِّداً مدنياً لنظام التعاقد كما سلف بيانه.

فأما الانفساخ فإنما يكون بعد تمام الانعقاد الصحيح لسبب طارىء يمتنع معه بقاء العقد بعد وجوده، كهلاك المبيع عند البائع بعد العقد قبل التسليم. فالعقد هنا لا مخالفة فيه، وهلاك المبيع بعد ذلك ليس مخالفة لنظام التعاقد، ولكنه حادث يتعذَّر معه تنفيذ العقد فينفسخ. ومثل ذلك يلحظ في الإجارة إذا هلك المأجور، وفي الشركة إذا هلك رأس المال المخصَّص لها.

ب ـ ويفترق أيضاً بطلان العقد عن الانفساخ من ناحية أخرى هي أنَّ البطلان يكون العقد معه معدوماً من أصله أبداً. أما الانفساخ فقد يرفع العقد من أصله فيكون الانفساخ مستنداً بأثر رجعي كما في هلاك المبيع قبل التسليم. وقد يقع مقتصراً غير مستند، فيزول به الارتباط التعاقدي اعتباراً من وقت الانفساخ. أما ما مضى فيبقى على حكم التعاقد، كما في انفساخ الإجارة والشركة ونحوهما من العقود المستمرة، على ما سلف بيانه في محله (ر: ف ٤٧/ ١٤).

الفصل الثالث والخمسون

نتائج البطلان

٥٣/ ١ ـ إنَّ للبطلان نتيجة أساسية سلبية تتفرَّع عنها عدة أحكام عامة هي بمثابة خصائص للبطلان. وسنبين فيما يلي على التعاقب والترتيب:

- تلك النتيجة الأساسية السلبية.
- ثم الحالات الاستثنائية بالنسبة إليها.
- ثم الخصائص المتفرعة عن تلك النتيجة الأساسية.

٥٣/ ٢ ـ النتيجة الأساسية للبطلان:

ـ إنَّ للبطلان نتيجة سلبية عامة هي:

أن البطلان يفقد به التصرُّف سببيته لحكمه، فلا يترتب عليه ذلك الأثر النوعي المقرَّر له شرعاً في حال صحته.

فإذا كان التصرُّف الباطل عقداً لا تنشأ به التزاماته. وإذا كان إقراراً لم يؤخذ به صاحبه. وإذا كان إبراءً لم يسقط به الالتزام، وهلم جراً... وهذا نظر عام في بطلان جميع التصرُّفات على الإطلاق.

وبهذا يتَّضح معنى قول الفقهاء: **أنَّ العقد الباطل لا يترتب عليه حكم أصلاً (ر: البدائع ٥/ ٣٠٥).**

وبعض المعاصرين اليوم قد استشكل ذلك بأن عدم اعتبار العقد الباطل هو حكم شرعي له، فهو حكم سلبي يقابل الحكم الإيجابي الإنشائي للعقد المنعقد. فكيف يصح القول بأنَّ الباطل لا يترتب عليه حكم؟ وهذا

نظر صحيح في ذاته، لكن مراد الفقهاء أنَّ العقد الباطل لا تترتب عليه الأحكام والنتائج التي قررها الشارع لحالة انعقاده واعتباره كما أوضحنا فيما سلف من بيان. ومنشأ الإشكال والاعتراض من تنكير كلمة **حكم** فإنه يوهم نفي أي حكم كان، لا الحكم الخاص المقرر للعقد الصحيح.

٣/٥٣ ـ الحالات الاستثنائية التي للعقد الباطل فيها أثر معتبر.

على أنَّ هذا المبدأ العام في النتيجة السلبية للبطلان تشذُّ عنه حالات استثنائية يكون فيها للعقد الباطل تأثير في وصف ما يبنى عليه من فعل، فتترتّب عليه بعض الآثار الفرعية التي تترتب على حالة انعقاده. وسنرى ذلك في الحالات الثلاث التالية:

٤/٥٣ ـ الحالة الأولى: في عقد النكاح:

ففي النكاح تتجلى أظهر الحالات التي يكون للعقد الباطل فيها بعض الآثار الفرعية للعقد الصحيح.

فعقد النكاح الباطل لا يثبت حكمه الأصلي من حِل الاستمتاع والنفقة والتوارث بحال من الأحوال. ولكنه إذا أعقبه دخول فإنَّ المرأة تستحق به **مهراً**، ويثبت به **نسب الولد** من الرجل، وتجب فيه على المرأة **العدة** من تاريخ المفارقة. ذلك لأنَّ الشرع يحتاط في إثبات الأنساب وإيجاب العدة بمجرد الشبهة، ويستلزم ذلك لزوم المهر، فإنَّ اتصال الرجل بالمرأة في شريعة الإسلام لا يمكن أن يخلو عن إحدى نتيجتين: إما عقوبة **الحد** إذا كان زنى محضاً، وإما **المهر** إذا كان بنكاح صحيح أو بشبهة. والعقد ـ وإن لم يكن صحيحاً ـ يورث شبهة تثبت بها هذه الأحكام الاحتياطية.

حتى انه لو لم يكن فيه محل للشبهة لا تثبت فيه هذه الأحكام، كما سنرى (ر: ف ٧/٥٤).

ويلحظ هنا أنَّ هذه الأحكام الاستثنائية في النكاح الباطل لم تترتب إلا بناءً على **فعل الدخول**، لا على مجرد العقد. ولكنها لم تكن لتثبت

لولا هذا العقد الباطل، إذ يكون الاتصال عندئذ بين الرجل والمرأة مجرد زنى لا تأويل فيه لولا استناده إلى هذا العقد. ومن ثم اعتبرت أثراً للعقد الباطل.

٥٣/ ٥ ـ الحالة الثانية: في ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل:

والبيع الباطل إذا قبض فيه المشتري المبيع فقد اختلف الفقهاء في حكمه:

ـ فمنهم من يرى أنَّ المبيع يكون أمانة في يد المشتري غير مضمون عليه إذا هلك دون تعدٍ منه أو تقصير في حفظه، كالوديعة في يد الوديع. وحجة ذلك أنَّ البيع لما كان باطلاً لم يبق سوى مجرد القبض بإذن البائع. وهذا لا يوجب الضمان على القابض إلا بالتعدي أو التقصير. فيبقى المبيع على ملك البائع أمانة في يد المشتري. وبهذا الرأي أخذت المجلة (م/ ٣٧٠).

ـ ويرى آخرون أنَّ المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه بمثله إذا كان مالاً مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً[١]. وحجتهم أنه مقبوض على سبيل المعاوضة المقصودة بالعقد. وبطلان البيع إنما يمنع انتقال الملكية به، ولكنه لا يلغي فكرة المعاوضة الثابتة فيه، والتي لم يسلم البائع المبيع إلا على أساسها. ومن المقرر أن القبض على سبيل البدلية يوجب الضمان[٢].

---

(١) المال المثلي هو الذي له أمثال في السوق مساوية له في الصفات بحيث يمكن أن يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء دون فرق يعتد به، كالسكر والزيت والقمح من نوع واحد، وكالورق وأواني البلور وألواحه ونحوها من المصنوعات المتماثلة اليوم.
أما المال القيمي فهو ما ليس له أمثال مساوية كالحيوانات والدور والمصوغات، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الآخر من جنسه باختلاف الصفات المميزة له (المجلة / ١٤٥ ـ ١٤٦).
ويرى تفصيل نظرية المثلية والقيمية في الجزء الثالث من هذه السلسلة الذي أسميناه «المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي» ف/ ١/١٤ ـ ١٤.

(٢) انظر ما تقدم في تصنيف العقود ف ٤٧/ ١١.

ومن المقرر أيضاً أنَّ الشيء المقبوض على سَوْم الشراء[1] بلا عقد هو مضمون على قابضه بالمثل أو القيمة إذا بين له ثمن عند المساومة، لدلالة هذا البيان على أن صاحبه لم يسلمه إلا على أساس المعاوضة والضمان. فالمبيع المقبوض في البيع الباطل ليس بأدنى حالاً منه.

وهذا النظر هو المرجح في الاجتهاد الحنفي. وبه قال الأئمة الثلاثة الآخرون أيضاً (ر: رد المحتار ٤/ ١٠٥).

وبذلك نرى أن البيع الباطل، وإن لم يترتب عليه حكمه، قد كان له في قبض المبيع أثر وصفي جعله مضموناً.

٦/٥٣ ـ الحالة الثالثة: في انقلاب العقد:

ومما يتصل بالآثار الاستثنائية للعقد الباطل ما يكون من انقلاب هذا العقد أحياناً إلى عقد آخر صحيح في بعض الأنظار الفقهية. فإن العقد الذي يُعتبر باطلاً في موضوعه الخاص قد يتضمن عناصر عقد آخر لا يتنافى مع غرض العاقدين، فينصرف إليه، وإن اعتبر باطلاً في موضوعه المتعاقد عليه.

مثال ذلك: أنَّ فقهاءنا حكموا ببطلان البيع والإجارة إذا صرح في عقدهما بنفي الثمن والأجرة صراحة، بأن قال العاقد: بعتك هذا الشيء بلا ثمن، أو قال: آجرتك إياه بلا أجرة. وذلك لأنهما من عقود المعاوضة التي تقوم على أساس بدلين متقابلَين. فإذا نفي الثمن صراحة انتفت حقيقة العقد وهي المعاوضة[2].

ثم اختلفوا بعد تقرير بطلان البيع والإجارة:

---

(١) القبض على سوم الشراء هو أن يأخذ الإنسان شيئاً من صاحبه على أنه إن أعجبه اشتراه (ر: م/ ٢٩٩).

(٢) بخلاف ما إذا كان الثمن أو الأجرة مسكوتاً عنهما في العقد دون أن ينفيا صراحة، كما لو قال: بعتك هذا الشيء أو آجرتكه، وقبل الآخر. فإن الثمن أو الأجرة يعتبر حينئذ ملحوظاً، ولكنه مجهول لعدم بيانه. فيفسد العقد فساداً، كما سنرى في البحث الآتي عن الفساد.

ـ هل ينقلب العقد فينعقد البيع هبة، والإجارة إعارة؟

ـ وهل ينقلب البيع إعارة أيضاً إذا كان فيه توقيت مع نفي البدل، كما لو قال: بعتك منفعة هذا الشيء شهراً بلا ثمن، أو لا ينقلب العقد في شيء من ذلك؟

ذهب فريق من الفقهاء إلى هذا الانقلاب تنزيلاً على القاعدة العامة القائلة: **العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني** (ر: ف ٣٠/ ٢).

وذهب آخرون إلى عدم هذا الانقلاب، بحجة أن العقد الأصلي هنا باطل فهو معدوم، والانقلاب لا يكون في معدوم. وهذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي (ر: رد المحتار ج ٤و ٥ أول كتابي العارية والإجارة).

ولكننا نرى أنَّ الرأي الأول أوجه، والقواعد الفقهية تؤيده، فإنَّ من القواعد المقررة أن «**إعمال الكلام أولى من إهماله**» ما أمكن (المجلة/ ٦٠) ومن صور إعمال الكلام حمله على المجاز إذا تعذرت الحقيقة (المجلة/ ٦١). فيعتبر التعبير بالبيع والإجارة مجازاً عن الهبة والإعارة. وإنَّ المجاز في العقود معهود. حتى لقد صرَّح الفقهاء في النكاح، على خطورة موضوعه، أنه ينعقد بلفظ البيع على سبيل المجاز في التعبير (ر: الهداية وشروحها ٣/ ١٠٧)[1].

---

(١) والنظر القانوني الحديث في الفقه الأجنبي يتجه إلى هذا فيما يسمونه: **نظرية تحول العقد**، وهي نظرية حديثة في الفقه الألماني. حتى إن أصحابها يتوسعون فيها فيقولون بانقلاب البيع إلى هبة ولو كان الثمن مذكوراً في العقد، إذا كان الثمن تافهاً يسيراً بالنسبة إلى المبيع بحيث يدل على قصد التبرع.

(ر: «الموجز في الالتزامات» للأستاذ السنهوري، ف/١٦٨/ الحاشية، و«نظرية العقد» له أيضاً، ف/ ٥٩٤/ وما بعدها).

وبهذا أخذ القانون المدني السوري الذي صدر لدينا الآن، وأصله القانون المصري الجديد. فقد صرحت المادة /١٤٥/ منه بأنه: =

المطلب الثالث: خصائص البطلان[1]:

٧/٥٣ ـ إنَّ للبطلان خصائص عديدة هي أحكام عامة متفرعة عن تلك النتيجة الأساسية السلبية للبطلان كما سلفت الإشارة إليه. وهذه الخصائص هي التالية:

٨/٥٣ ـ (أولاً) إن بطلان الشيء يستلزم بطلان ما في ضمنه وبطلان ما بني عليه (ر: المجلة/ ٥٢).

وعلى هذا قرَّر الفقهاء أنه:

أ ـ إذا باع الإنسان شيئاً بيعاً باطلاً، واشتمل البيع على شروط وحدد فيه الثمن، بطلت مع البيع الشروط التي اشترطها العاقدان فلا تلزمهما، وبطلت أيضاً تسمية الثمن المسمى. فهذا مثال لبطلان ما تضمنه الباطل.

ب ـ وإذا جرى التقابض بين الطرفين في المبيع والثمن على سبيل التنفيذ لهذا البيع الباطل لا يعتبر هذا التقابض بيعاً بالتعاطي، لأنه إنما قَصَد به الطرفان البناء على العقد الباطل، فيكون باطلاً أيضاً. ويبقى ما قبضه كل منهما ملكاً لصاحبه. وهذا مثال بطلان ما بني على الباطل[2].

وسنرى في الخاصية التالية ثمرة بطلان تسمية الثمن، وثمرة بطلان تنفيذ العقد الباطل.

= «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإنه يكون صحيحاً باعتباره ذلك العقد الذي توافرت فيه أركانه، إذا تبيَّن أنَّ نية العاقدين كانت تنصرف إليه».

(١) الخصائص: جمع «خاصِّيّة» بالصاد المشددة والياء التحتية المشددة نسبة مصدرية إلى «الخاصة» بتشديد الصاد.

(٢) أما إذا لم يكن التقابض على سبيل التنفيذ للعقد الباطل والبناء عليه، بل أجراه الطرفان بقصد جديد، عدولاً عن العقد الباطل إلى تعاط مستوف شرائط الانعقاد، كان هذا التعاطي عقداً جديداً مفيداً لحكمه، كما لو جدَّد الطرفان العقد الباطل تجديداً صحيحاً باللفظ.

وكذلك لو أقرَّ أحد لآخر بمبلغ، أو أبرأه ولو إبراءاً عاماً، وكان الإقرار أو الإبراء مبنياً على عقد أبرمه الطرفان، كبيع أو صلح، ثم تبيَّن بطلان العقد، فإنه يبطل الإقرار والإبراء المترتبان عليه. (ر: رد المحتار، باب الاستحقاق ٤/١٩٩ ـ ٢٠٠ وكتاب الصلح ٤/٤٧٣ و٤٧٩، والمجلة/ ١٥٦٦).

٥٣/٩ ـ (ثانياً): إذا بَطَل التصرف الفعلي لزم نقضه وإعادة الأوضاع إلى سابق عهدها قبل التصرف.

وذلك لأنَّ التصرف الفعلي يحدث أثراً مادياً على كل حال، سواء أكان التصرف صحيحاً أو باطلاً. وبذلك يختلف عن التصرُّف القولي الذي يكون أثره اعتبارياً محضاً. فلا بد من إزالة الأثر الذي أحدثه التصرف الفعلي الباطل لتعود الأوضاع الحقوقية إلى ما كانت عليه من سابق حالها.

وبناء على ذلك لو تقابض المتبايعان المبيع والثمن في البيع الباطل يلتزم كل قابض برد ما قبضه، لبطلان القبض المبني على عقد باطل[١].

فلو استهلك المشتري المبيع في هذه الحالة يضمن للبائع مثله إذا كان مثلياً، وقيمته إذا كان قيمياً، سواءٌ أكانت قيمته في السوق أكثر أو أقل من الثمن المسمى في العقد. ذلك لأن البيع لما كان باطلاً كانت تسمية الثمن في ضمنه باطلة أيضاً. والأصل في ضمان الأموال التعادل. والمعادل للمال المستهلك هو مثله أو قيمته. وإنما حلَّ الثمن المسمى محلهما بسبب العقد. فإذا بطَلَ الاتفاق على الثمن لأنه جزء من العقد الباطل رجع الضمان إلى أصله بالمثل أو القيمة.

وهذا بخلاف ما لو كان البيع منعقداً صحيحاً، فقبض المشتري المبيعَ دون رضا البائع قبل دفع الثمن المستحق، وهلك المبيع في يد المشتري أو

---

(١) وهذا يدخل في نطاق نظرية الإثراء بلا سبب مشروع. وهي نظرية تعبر عن مبدأ قد أقرَّ الفقه الإسلامي فكرته في نطاق وشرائط أضيق مما في الفقه الأجنبي.

استهلكه، فإنما يضمن للبائع الثمن المتَّفق عليه في العقد، لا قيمة المبيع، لأنَّ المبيعَ قد انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد تمام البيع الصحيح لقاء ثمن معيّن حلَّ محل القيمة بالتراضي. ولم يبطل هذا التعيين للثمن، وإنما الذي بطَلَ هو القبض غير المستحق، فيهلك المبيع في يد المشتري وهو مملوك له بالثمن المسمى لا بالقيمة التي قد تكون أكثر أو أقل منه.

وعلى هذا الأساس يتنزل أيضاً ما لو قبض الموهوب له المال الموهوب دون رضا الواهب صراحة أو دلالة. فإنَّ هذا القبض باطل، لأنَّ الهبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالقبض المأذون. فلو هلك المال المقبوض في يد الموهوب له في هذه الحال كان مضموناً عليه بالمثل لو مثلياً، وبالقيمة لو قيمياً.

٥٣/ ١٠ ـ (ثالثاً): العقد الباطل لا يقبل الإجازة:

فالإجازة إنما هي في الحقيقة إرادة منفردة يقرِّر بها الإنسان ويُمضي تصرفاً قائماً متوقفاً جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض.

فالنظر الفقهي أنَّ محل الإجازة إنما هو العقد المنعقد الموقوف الذي يمسُّ حقاً لغير العاقدين. فلذلك الغير أن يجيزه إن شاء فينفذ عليه، أو أن يرفضه فيبطل. وعلى كل حال يعتبر العقد الموقوف عقداً صحيحاً لكنه معقول، أي محتبس عن السريان. فبإجازة صاحب العلاقة يحل عقاله فيجتاز محبسه وينفذ إلى هدفه. فكأنه رسول ساع إلى غاية بينه وبينها أرض محمية الحدود، فإذا أذن له صاحبها اجتازها بالإجازة وإن منعه عاد أدراجه. (ر: «البدائع» ٥/١٤٨ ـ ١٤٩).

والعقد الباطل، كما رأينا، ليس قائماً متوقفاً ليمكن إنفاذه إلى غايته بالإجازة، بل هو لغو عديم الاعتبار في نظر التشريع، فكأنه لم يوجد أصلاً (ر: البدائع ٥/٣٠٥). فإذا ما أريدت إجازته لينفذ إلى الغاية الحقوقية

المقصودة به يجب إيجاده بإنشاءٍ جديد على وجه معتبر[١].

وعلى هذا قرَّر الفقهاء أنَّ العقد إذا بَطَل لعدم أهلية العاقد، كما لو باع المجنون أو وهب الصغير شيئاً من ماله، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير فأجاز العقد لا يجوز، لأنه صَدَر باطلاً فلا يقبل الإجازة، فعليه إن شاء أن يجدِّد إنشاءه[٢].

وكذلك لو تبرَّع من مال الصغير وليه أو وصيه، أو باعا شيئاً من ماله بغبن فاحش، ثم بلغ الصبي فأجازه وأمضاه، فإنه لا يمضي، لأنه صدر من أصله باطلاً.

وعلى هذا أيضاً لو باع فضولي أو اشترى لغيره كان عقده موقوفاً على الإجازة. فلو رفض ذلك الغير العقد عندما بلغه، ثم عاد فأجازه لا يعود منعقداً، لأنه قد بطل بالرفض السابق، فلم يعد يقبل الإجازة، بل يجب إنشاؤه من جديد إن أريد. (ر: الدر المختار، فصل الفضولي ٤/ ١٤١).

ونظيره ما لو أوجب أحد المتعاقدين العقد فرفض الآخر، ثم عاد فقبل، فإنَّ العقد لا ينعقد، لأن الإيجاب بَطَل بالرفض فلم يعد يلحقه قبول. بل يعتبر القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول (ر: ف ٣٠/ ٣ و٣١/ ٨).

٥٣/ ١١ ـ (رابعاً): العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ، ولا يحتج به أمام القضاء.

---

(١) وبهذا أخذ القانون المدني السوري الذي صدر حديثاً إذ صرحت المادة /١٤٢/ منه بأن البطلان لا يزول بالإجازة.

(٢) والفرق في النتيجة بين تجديد العقد وإجازته ظاهرة:

أ ـ فإن تجديد العقد يتوقف على توافق الإرادتين، بخلاف الإجازة فإنها إرادة منفردة.

ب ـ والعقد المجدَّد إنما يبدأ أثره من تاريخ تجديده، أما الإجازة إذا صحت فتستند بأثر رجعي إلى تاريخ العقد المجاز، فيعتبر بها حكم العقد المجاز نافذاً من تاريخ صدوره، كما تقدَّم بيانه في نظرية العقود.

أ ـ فأما كونه لا يحتاج إلى فسخ فلأنَّ الفسخ إنما يحتاج إليه في عقد قائم يكون لأحد طرفيه الخيار في التحلل من رابطته أو بقائه. ثم قد يستقل الطرف المخيَّر عندئذ في الفسخ، كما في خيار الشرط في البيع، إذ يفسخه صاحب الخيار خلال المدة المشروطة له دون حاجة إلى رضاء أو قضاء، وقد يحتاج الفسخ إلى رضاء أو قضاء، كما في خيار العيب. وعلى كل حال إذا لم يفسخ العقد المستحق للفسخ يبقى ساري الحكم نافذ المفعول.

أما العقد الباطل فهو معدوم لم يوجد؛ وإزالة المعدوم تحصيل للحاصل، وهذا عند علماء المعقول مستحيل.

فلكل من العاقدين أن يعتبر العقد الباطل معدوماً، ويتصرف بناء على هذا الاعتبار:

ـ فإذا كان العقد الباطل بيعاً مثلاً فللبائع بيع العين المبيعة ثانية أو استعمالها واستهلاكها لأنها لا تزال على ملكه.

ـ وإذا كان العقد الباطل زواجاً فللمرأة أن تتزوج زوجاً آخر[١]. فإن أقام المشتري أو الزوج في العقد الباطل دعوى أمام القضاء فطالب المشتري بتسليم المبيع، أو طالب الزوج المرأة بالمتابعة، أمكن الطرف الآخر أن يدفع دعواه دفعا ببطلان العقد. وهكذا يستغني المتمسك بالبطلان عن تجشم إقامة الدعوى لإبطال العقد الباطل، ويكتفي شرعاً وقانوناً بموقف سلبي يكون به دافعاً لدعوى خصمه إذا هوجم بها.

على أنه إذا كان من الناحية النظرية لا حاجة بمن يتمسك بالبطلان إلى إقامة الدعوى لأجل الإبطال، فمن الناحية العملية قد يحتاج إلى إقامة

---

(١) يلحظ هنا أنه إذا أعقب الزواج الباطل دخول فإنه تترتب على الدخول عدة على المرأة. فلا يجوز لها الزواج حتى تنقضي عدتها، ليعرف فراغ الرحم منعاً لاختلاط الأنساب. (ر: ف ٥٣/٤).

الدعوى لتقرير البطلان، ولاسيما إذا كان العقد الباطل قد تمَّ تنفيذه. وذلك كما لو كان بيعاً أعقبه تسليم المبيع ويريد البائع استرداده. فهو مضطر في هذه الحال إلى التقاضي إذا لم يستطع الاسترداد بالتراضي. وكذا إذا كان سبب البطلان فيه خفاء واشتباه، فإنَّ الطرف المتمسك بالبطلان يحتاج إلى المبادرة بالادعاء ليطمئن إلى رأي القاضي وتقديره، كي لا يبني تصرفه على تقدير البطلان، ثم تحكم المحكمة بخلافه فينقض تصرفه.

لكن يلحظ في جميع هذه الأحوال التي قد يحتاج فيها المتمسك بالبطلان إلى إقامة الدعوى به أنَّ القاضي **لا يبطل العقد في هذه الأحوال إبطالاً** (كما يفسخ العقد المستحق للفسخ بحيث إذا لم يفسخه يكون قائماً نافذاً في الواقع)، وإنما يقضي القاضي في هذه الحال بأنَّ العقد **قد صدر باطلاً من أصله**. أي انَّ القضاء بالبطلان عند التنازع فيه لا ينشىء الإبطال، بل يظهر البطلان ويقرره تقريراً.

ب ـ وأما كون العقد الباطل لا يحتج به أمام القضاء فذلك نتيجة لازمة لبطلانه في ذاته دون حاجة إلى إبطال.

ويترتب عليها أنَّ القاضي يرد الاحتجاج بالعقد الباطل إذا ادعى أو تمسك به ذو مصلحة لديه، ولو لم يدفع الخصم بالبطلان ولم ينتبه إليه. ذلك لأنَّ الباطل إذا كان لا يحتاج إلى إبطال، فتقرير بطلانه عند التمسك به لا يتوقف على طلب.

١٢/٥٣ ـ خامساً: البطلان لا يسري عليه حكم التقادم:

التقادم هو مرور الزمن الذي تقدَّمت الإشارة إليه في عدة مناسبات[١]. فلا يمتنع التمسك ببطلان العقد الباطل لمنع تنفيذه ولو مضت

(١) ر: ف ١٠/٣ و٢٣/٤.

على العقد مدة التقادم، (وهي خمسة عشر عاماً). ذلك لأنَّ الباطل معدوم. والعدم لا ينقلب وجوداً بطول الأمد.

فلو فرض في البيع الباطل مثلاً أنَّ المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاماً، ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمن. فإنَّ للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع. وكذا لو رفع المشتري الدعوى على البائع طالباً تسليم المبيع بعد التقادم، فإن للبائع أن يدفع دعواه ببطلان البيع. ويقبل من كل منهما هذا الدفع رغم تركه الادعاء بالبطلان مدة التقادم. ذلك لأنَّ كلاً منهما في الأصل غير مكلَّف بالادعاء والتقاضي لإبطال العقد، لما قدمنا أنَّ الباطل لا يحتاج إلى إبطال.

وذلك بخلاف ما لو كان البيع الباطل قد تمَّ تنفيذه بالتقابض، ومضت مدة التقادم، ثم رفع البائع الدعوى بعد خمسة عشر عاماً يطلب استرداد المبيع بحجة بطلان البيع. فإنَّ للمشتري في هذه الحال أن يدفع دعوى البائع بتقادم العين في يده دون أن يعترف بأنه تلقاها منه بشراء باطل. وعندئذ يُقضى برد دعوى الاسترداد، لأنه إذا كان البيع الباطل لا يحتاج إلى دعوى لإبطاله فإن استرداد المبيع بعد تنفيذ البيع بالتسليم يحتاج إلى دعوى كما سلَفَ بيانه. فيخضع حق الاسترداد للتقادم، لأن ترك الدعوى فيما تجب فيه من الحقوق الخاصة مدة التقادم يمنع سماعها. فيعتبر حكم التقادم هنا سارياً على **حق الاسترداد**، لا على بطلان العقد.

ومثل ذلك يقال فيما لو رفع المشتري الدعوى على البائع في هذه الحال طالباً استرداد الثمن لبطلان البيع بعد مضي مدة التقادم على أداء الثمن، فإنَّ للبائع أن يدفع الدعوى بتقادم الحق المدعى به.

ويظهر الفرق جلياً بين سريان حكم التقادم على حق الاسترداد وعدم سريانه على بطلان العقد، فيما لو تأخر التقابض في البدلين عن تاريخ العقد حتى مضت مدة التقادم على العقد الباطل، ولم تمض على التقابض. ففي

هذه الحال يحق لكل من المتبايعين أن يطلب استرداد ما سلمه بحجة بطلان العقد، وليس للطرف الآخر أن يدفع بمرور الزمان على العقد. ذلك لأن البطلان لا يؤثر فيه التقادم، وحق الاسترداد لم يتقادم[١].

---

(١) جاء في المادة /١٤٢/ من القانون المدني السوري الذي صدر لدينا عام ١٩٤٩ م وفي المادة /١٤١/ من أصله المصري أنّ «دعوى البطلان تسقط بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد».

والمراد بدعوى البطلان رفع الدعوى به لا دفعها. فإن الادعاء بالبطلان بعد تنفيذ العقد الباطل لاسترداد ما وقع عليه التنفيذ هو الذي يخضع لحكم التقادم. أما الدفع بالبطلان في وجه من يدعي بطلب تنفيذ العقد فلا يؤثّر فيه التقادم شرعاً ولا قانوناً كما أوضحناه. وهذا ما استقرّ عليه الرأي وصيغ على وفقه هذا النص عند مناقشته في لجنة المراجعة من المجلس النيابي المصري. وبذلك يتبين ما في المادة المذكورة من سوء الصياغة.

(ر: كتاب «التقنين المدني المصري» للأستاذ جمال الدين العطيفي، ١/ ٢٦٥ في الحاشية/ ٢).



الفصل الرابع والخمسون

نظرية الفساد:

١ ـ معنى الفساد لغة واصطلاحاً.

٢ ـ منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها.

٣ ـ التصرفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان.

٤ ـ تعريف الفساد.

أولاً: معنى الفساد لغة واصطلاحاً:

١/٥٤ ـ الفساد في أصل اللغة: هو تغيُّر الشيء عن الحال السليمة وخروجه عن الاعتدال. فهو ضد الصلاح. يقال فسد اللبن واللحم والفاكهة والهواء، إذا اعتراه تغيُّرٌ أو عفونة حتى أصبح غير صالح.

ثم استعمل لغة في جميع الأشياء والأمور الخارجة عن نظام الاستقامة كالبغي والظلم والفتنة. وعليه قوله تعالى: ﴿ظَهَرَ ٱلْفَسَادُ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ﴾ [سورة الروم: ٣٠/٤١] وقوله: ﴿وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ﴾ [سورة البقرة ٢/ ٢٢٠].

(ر: مفردات الراغب الأصفهاني، والمصباح، والقاموس المحيط، وأساس البلاغة).

ثم لما نشأت الاجتهادات الفقهية واصطلاحاتها أطلق فقهاء الحنفية الفساد على معنى تشريعي مدني جديد. فاستعملوه للدلالة على حالة يعتبرون فيها العقد مختلاً في بعض نواحيه الفرعية اختلالاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان. فلا هو بالباطل غير المنعقد، لأنَّ مخالفته لنظامه

الشرعي ليست مخالفة في ناحية جوهرية كما في حالة البطلان؛ ولا هو بالصحيح التام الاعتبار، لأنَّ فيه إخلالاً بنظام التعاقد ولو أن هذا الإخلال في ناحية فرعية غير جوهرية.

ولفظ الفساد يشعر بذلك لأنه ينبىء بمعنى التغيُّر والاختلال في شيء موجود.

ثانياً: منشأ نظرية الفساد والاختلاف فيها:

٢/٥٤ ـ إنَّ نظرية فساد العقود حنفية المنشأ، كما أشرنا إليه، فإنَّ الاجتهاد الحنفي هو الذي قررها وانفرد بها من بين سائر الاجتهادات الأخرى التي لا تجعل بين البطلان والصحة مرتبة ثالثة.

فالعقد عند جمهور المجتهدين ـ بالنسبة إلى وجوده الاعتباري وعدمه ـ هو بين حالتين اثنتين: إما صحيح، وهو المنعقد، وإما باطل أو فاسد، وهو غير المنعقد، وذلك عندما يخالف العقد الأمر والنهي الشرعيين في نظام التعاقد.

غير أن الاجتهاد الحنفي لحظ أنَّ صور المخالفات ليست في درجة واحدة، بل منها مخالفات أساسية، ومنها فرعية. فلا ينبغي أن تكون النتيجة واحدة في الحالين، لأنَّ قوة الجزاء المؤيد يجب أن تتناسب مع درجة المخالفة للنظام. والعقد المخالف لنظامه في ناحية فرعية فقط هو موافق للنظام المشروع في جميع النواحي الأساسية. وتوافرت فيه أركانه وسائر مقوماته وشرائطها. فيجب أن يكون في مرتبة بين البطلان والصحة.

٣/٥٤ ـ سبب الاختلاف في مرتبة الفساد:

وأصل ذلك أنهم اختلفوا في مقتضى النهي الشرعي عن التصرُّفات ذات الوجود الاعتباري كالعقود.

ـ فذهبت بعض الاجتهادات، وخاصةً الحنبلي، إلى أنَّ مقتضى النهي هو البطلان، لأنه ينافي مشروعية الفعل المنهي عنه مطلقاً، دون تمييز بين

النواحي التي يتعلَّق بها النهي. وعلى هذا حكموا ببطلان عقود الربا، للنهي القرآني فيها بقوله تعالى:

﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ [سورة البقرة ٢/ ٢٧٩].

وحكموا كذلك ببطلان العقد المقترن بشرط ممنوع للنهي عنه في السنة النبوية. وقد يبطلون الشرط دون العقد، كما تقدم في نظرية العقود.

وذهب الاجتهاد الحنفي إلى أن مجرد النهي عن الفعل لا يدل على عدم مشروعية أصله حتماً؛ بل قد تجتمع مشروعية أصل الفعل مع النهي عنه، كما يظهر من التفصيل التالي:

٥٤/ ٤ ـ اختلاف آثار النهي الشرعي باختلاف أسبابه:

فما نهى عنه الشارع من التصرفات نهياً دون أن ينص على بطلانه نصاً، فإن نتيجة النهي تختلف فيه باختلاف سبب النهي، أي باختلاف نوع المخالفة للنظام الشرعي.

أ ـ فقد ينهى الشرع عن الفعل **لأنه ليس بمشروع من أصله**، إذ يكون من المفاسد القبيحة في ذاتها ـ كالزنى والقتل والغصب.

وفي مثل هذا يعتبر الفعل المنهي عنه باطلاً محضاً لا يفيد صاحبه ثمرة أو منفعة. وعلى هذا لا يثبت في الزنى نسب ولا مهر، ولا يرث القاتل من قتيله، كما لا يملك الغاصب المغصوب.

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن بيع «الملاقيح والمضامين» كما تقدَّم في نظرية العقود (ر: ف ٤٧/ ٤ الحاشية)، فإنَّ الشرع لم يعتبرها محلاً صالحاً للعقد. وكذا النهي عن بيعِ الملامسة والمنابذة (ر: ف ٢٧/ ٦) لأنه لم يعرب عن تراض صحيح. فتكون هذه العقود فاقدة بعض مقوماتها من محل أو ركن. فتعتبر باطلة.

ب ـ وقد ينهى الشارع عن الفعل **المشروع الأصل**، فينصرف النهي

إلى وصف يستقبحه الشارع فيه ويريد تجريده عنه. ذلك لأنَّ الأصل لما كان مشروعاً لم يبق إلا الوصف هدفاً للنهي. وذلك كالنهي الشرعي عن الربا. فإنَّ عقد الربا هو بيع أو قرض فهو مشروع الأصل. ولكن فيه وصفاً زائداً يسقتبحه الشارع هو اشتماله على فضل بلا عوض.

وكذلك النهي عن اشتراط بعض شروط خاصة في عقد البيع والإجارة فإنَّ عقدهما في أصله مشروع، ولكن الشرط هو وصف غير مشروع.

فالعقد المنهي عنه إذا كان من هذا القبيل ـ **أي مشروع الأصل** ـ لا يفيد النهي بطلانه كغير المشروع أصلاً، بل يعتبر منعقداً انعقاداً فاسداً، أي مختلاً في **ناحية فرعية** منه اختلالاً يجعله مستحقاً للإبطال، ما لم يمنع من إبطاله مانع. فإذا منع من إبطاله مانع، كما سنرى، استقرَّ اعتباره وثبت حكمه.

أما الباطل فإنه لا يترتَّب عليه شيء من نتائج العقد الصحيح كما تقدم.

وهذا معنى قول الفقهاء في تعريف العقد الفاسد: أنه «**هو العقد المشروع بأصله لا بوصفه**». بخلاف العقد الباطل، فإنه عندهم غير مشروع بأصله ولا بوصفه كما تقدم في بحث البطلان (ف ٥٢/ ١)[1].

---

(١) ولتمييز عدم مشروعية أصل العقد عن عدم مشروعية وصفه ينظر إلى مقومات العقد الخمسة، وهي: **العاقدان، والمحل، والموضوع، والركن**، (الركن هو الإيجاب والقبول المعبران عن التراضي أو ما يقوم مقامهما في هذا التعبير).

فإذا كان النهي منصباً على أحد هذه المقوِّمات ومؤثراً في صلوحها أفاد عدم المشروعية في أصل العقد فيبطل. وإذا كان منصباً على ناحية أخرى فرعية من العقد، وكانت مقوماته هذه كلها سليمة، فالعقد حينئذ مشروع الأصل غير مشروع الوصف. وهذا يستوجب الفساد لا البطلان.

وعلى هذا، فالنهي عن بيع الملاقيح والمضامين قد تعلَّق **بالمحل** وهو المبيع. والنهي عن بيع الملامسة والمنابذة قد تعلَّق **بالركن**، وهو التراضي، لعدم قيام طريقة المنابذة والملامسة مقام الإيجاب والقبول في نظر الشارع.

وبما أنَّ **المحل والركن** هما من مقوِّمات العقد كان هذا النهي مفيداً عدم مشروعية أصله فيبطل.

=

ج ـ وقد ينهى الشرع عن الفعل المشروع الذي ليس في أصله أو أوصافه الذاتية أية مخالفة لنظامه، وتكون علة النهي أمراً خارجياً محضاً، كالنهي القرآني عن البيع وقت أذان الجمعة.

فهذا النهي لا يوجب بطلاناً ولا فساداً، لأنَّ البيع ـ من حيث إنه عقد مدني ـ هو تام المقوِّمات والشرائط الذاتية، وإنما النهي لمعنى خارجي هو الالتهاء بالعقد عن العبادة الواجبة. فمقتضاه مجرد الحرمة الدينية، كما لو اشتغل الإنسان بمبايعاته عن صلاة أخرى حتى فات وقتها. فإنَّ ذلك محرَّم ديانة ولكنه لا يؤثِّر في صحة عقوده التي مارسها عوضاً عن العبادة في وقتها.

ومن هذا القبيل النهي الوارد في السنة النبوية عن خِطبة الإنسان على خِطبة أخيه، وسومِهِ على سَوْم أخيه، إلا أن يأذن له[1]، وأمثال ذلك من صور النهي. فلا يوجب هذا النهي في النكاح والشراء الواقعين كذلك بطلاناً أو فساداً من الوجهة المدنية القضائية، وإنما يوجب كراهة دينية لمعنى أخلاقي خارج عن عناصر تكوين العقد.

= وكذلك عقد المجنون مثلاً؛ فإنَّ عدم أهلية العاقد كعدم العاقد. وإنَّ العاقد من مقوِّمات العقد، فيبطل عقد المجنون بطلاناً.

وهذا بخلاف عقد الربا فإنَّ المقومات فيه كلها سليمة من عاقديه ومحله وركنه وموضوعه الذي هو بيع أو قرض. ومتعلق النهي فيه إنما هو الفضل في أحد العوضين، وهو ناحية فرعية زائدة عن المقومات الخمسة. فيكون عقد الربا مشروعاً بأصله، وإنما أفاد النهي التشريعي عدم مشروعية ما اشتمل عليه من زيادة خالية عن عوض، وهي من أوصافه. فيفسد العقد فساداً ولا يبطل بطلاناً.

(ر: «الفروق» للقرافي المالكي، ج٢ الفرق/ ٧٠).

(١) خطبة الإنسان على خطبة أخيه: هي أن يكون رجل خاطباً امرأة للزواج، فيأتي غيره فيزاحمه عليها ويخطبها لنفسه قبل انقطاع المفاوضة مع الأول.

وسوم الإنسان على سوم أخيه: هو نظير ذلك في الشراء، أي أن يتقدم إلى استيام شيء ليشتريه بينما يستامه شخص آخر. وقد روى الإمامان البخاري ومسلم في صحيحيهما أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك.

(ر: الهداية وفتح القدير، فصل البيع المكروه ٦/ ١٠٧ ورد المحتار ٤/ ١٣٢ و«نصب الراية لأحاديث الهداية» للزيلعي، كتاب البيوع، ج٤ الحديث/ ١٤).

ونحن إذا ساوينا بين النتائج في جميع حالات النهي دون نظر إلى علة النهي وهدفه، نكون قد ساوينا بين ماهية عقدية كاملة سليمة وأخرى ناقصة.

٥٤/٥ ـ هذا محصَّل نظر الأصوليين والفقهاء في مبنى نظرية الفساد التي ذهب إليها الاجتهاد الحنفي، عرضناه هنا بتبسيط وتوضيح[١].

وقد قال القرافي المالكي في كتابه «الفروق» عن مبنى هذا التمييز بين الفساد والبطلان في نظرية أبي حنيفة «**انه فقه حسن**».

والاجتهادان المالكي والشافعي، خلافاً للحنبلي، قد تابعا في مواطن دون أخرى التمييز الحنفي بين نهي مفسد لماهية الفعل، ونهي متعلق بأمر خارج عنها فلا يفسدها. لكنهما على كل حال، كغيرهما من الاجتهادات، لم يميزا بين الفساد والبطلان في المعنى والنتائج.

(ر: «الفروق» للقرافي ج٢ الفرق/ ٧٠).

وبذلك يتَّضح ما تقدَّمت الإشارة إليه أنَّ العقد الفاسد في نظر الفقهاء يعتبر في **مرتبة بين البطلان والصحة**. فلا هو بالباطل المعدوم الاعتبار ولا بالصحيح التام الاعتبار. وذلك عندما يكون العقد مستوفياً شرائط ركنه وسائر مقوماته، وهي الشرائط الأساسية الضرورية لانعقاده، ولكنه مخالف لنظام التعاقد من حيث اشتماله على ما كان يجب أن يخلو عنه كالشروط الممنوعة، أو من حيث خلوه عما يجب أن يشتمل عليه كمعلومية محل العقد، فإنه إذا لم يكن معلوماً فسد العقد.

ثالثاً: التصرُّفات التي يفترق فيها الفساد عن البطلان:

٥٤/٦ ـ رأينا في البحث السابق أنَّ البطلان يجري في جميع أنواع

---

(١) (ر: أصول فخر الإسلام البزدوي وشرحه «كشف الأسرار» باب النهي ١/٢٥٦ ـ ٢٩١ وخاصة الصفحات ٢٥٨ و٢٦٦ و٢٦٨ و٢٧٠ و٢٨٠ و٢٩٠ وفتح القدير شرح الهداية باب البيع الفاسد ٦/٤٢ و٥٥ و٩٣ والبدائع أيضاً ٥/٢٩٩ ـ ٣٠٠).

التصرفات من فعلية وقولية، عقدية كانت أو غير عقدية. (ر: ٥١/٣ - ٥١/٥).

أما الفساد فمجاله أضيق من ذلك، فإنَّ التمييز بين البطلان والفساد لا يشمل جميع التصرفات، بل إنَّ منها ما ليس له إلا مرتبتان: **الصحة والبطلان**، فلا فرق فيه بين فاسد وباطل في عدم الاعتبار الشرعي.

غير أنَّ فقهاء المذهب الحنفي الذي أسَّس نظرية الفساد إلى جانب البطلان في نطاق المؤيدات الشرعية لم يضع فقهاؤه إلى اليوم ضابطاً يقيم حداً واضحاً لما يجري فيه هذا التمييز بين البطلان والفساد وما لا يجري، ولكنهم قد فصَّلوا أسباب الفساد وأحكامه تفصيلاً مستوعباً في الفصول التي ميَّزوا بين بطلانها وفسادها، كالبيع والإجارة والهبة والمخارجة وغيرها:

وهم يصرحون في بعض الفصول الأخرى أنها لا فرق فيها بين فاسد وباطل كما في العبادات، من صلاة وصيام وحج وإيتاء الزكاة. فإنها جميعاً تكون: إما **صحيحة** مبرئة لذمة المكلف، أو **غير صحيحة** فلا يسقط بها الواجب، وفي هذه الحال يقال إنها فاسدة أو باطلة بمعنى واحد.

(ر: رد المحتار، ج ١، أول باب مفسدات الصلاة)

٥٤/٧ ـ ضابط ما تجري فيه نظرية الفساد ومالا تجري.

هذا وباستقراء نصوص الفقهاء والأصوليين وتتبع مباحثهم في التمييز بين البطلان والفساد في شتى الفصول الفقهية من الأحكام المدنية يظهر لنا في محل هذا التمييز الضابط التالي:

إنَّ التمييز بين الفساد والبطلان لا يجري إلا في العقود المالية التي تنشىء التزامات متقابلة، أو تنقل الملكية.

أ ـ فيدخل في هذا الضابط عقود البيع والإجارة والرهن والحوالة والصلح عن المال والمخارجة والقسمة والشركة والمزارعة وأمثالها، لأنها تنشىء التزامات متقابلة.

ويدخل أيضاً عقد القرض والهبة، لأنهما ينقلان الملكية.

فكل ذلك، مما يتميز فساده عن بطلانه، يعتبر مع الفساد منعقداً.

ب ـ ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرُّفات الأخرى التالية:

أ ـ التصرُّفات الفعلية مطلقاً.

٢ ـ التصرُّفات القولية التي ليست من قبيل العقود، بل من تصرف الإرادة المنفردة كالطلاق والإعتاق، والوقف والإبراء، والكفالة، وكذلك الإقرار.

٣ ـ العقود غير المالية كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم، فإنَّ الوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض.

٤ ـ العقود المالية التي لا تنشىء التزاماتٍ متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة.

حتى إنَّ الفقهاء لا يصورون الفساد في الإعارة إلا عندما تكون لقاء عوض فتأخذ حكم الإجارة.

فكل هذه الأنواع من التصرُّفات التي تخرج عن ذلك الضابط لا يعتبر لها إلا مرتبتا وجود وعدم، أو **صحة وبطلان**. وليس لها بينهما مرتبة ثالثة هي الفساد. بل إنَّ فسادها وبطلانها بمعنى واحد في الدلالة على عدم وجودها الاعتباري في نظر الشرع[1].

---

(١) يلحظ هنا ما سبق بيانه في بحث البطلان من أنَّ النكاح الباطل قد تترتب عليه بعض آثار النكاح الصحيح من نسب ومهر وعدة إذا أعقبه دخول، ذلك لأنه يعتبر فيه شبهة كافية لإثبات النسب الذي يتوسّع الشرع في إثباته احتياطاً. ويتبع ذلك المهر والعدة (ر: ف ٥٣/٤).

وهذا الأثر هو ما دعا بعض الفقهاء إلى أن يميزوا بين فاسد النكاح وباطله، لا من حيث الانعقاد وعدمه، فكلاهما غير منعقد، بل من حيث ثبوت هذه الآثار وعدمها.

ـ **فالنكاح الفاسد** عندهم هو ذلك الذي يصلح أن يكون فيه شبهة استحلال للمتعة يثبت معها النسب والمهر والعدة وإن لم يكن النكاح منعقداً، كالنكاح بلا شهود، ونكاح =

وقد عدَّد الفقهاء في بعض المناسبات التصرفات التي يعتريها الفساد تعداداً يختلف زيادةً ونقصاً، فأوصلوها إلى واحد وعشرين، ونظموها شعراً. وصرَّح بعضهم بتساوي معنى الفساد والبطلان في الوكالة والوصاية والوقف والإقالة والصرف (ر: الدر المختار ورد المحتار باب المهر في النكاح ٢/٣٥٢ ـ ٣٥٤).

غير أننا نلاحظ على ذلك ملاحظتين:

١ ـ أنهم لم يستوعبوا جميع ما يستوي فيه الفساد والبطلان.

٢ ـ أن عدَّهم الإقالة والصرف مما يستوي فيه الفساد والبطلان غير مسلَّم به. بل الفرق بينهما بين الفاسد والباطل هو الموافق للقواعد.

٨/٥٤ ـ ملاحظة:

العلامة علي حيدر قد أجرى نظرية الفساد هذه في الدعوى قياساً على العقود. فقسَّم الدعوى في كتابه «أصول استماع الدعوى» إلى ثلاثة أنواع:

١ ـ **دعوى صحيحة**، وهي الدعوى المستوفية جميع شرائطها وتتضمن طلباً مشروعاً، كطلب ثمن مبيع أو استرداد مغصوب. وهذه يترتب عليها سير المحكمة في إجراءاتها من تكليف الخصم بالجواب عنها، وتكليف المدعى بإثبات مدعاه إذا أنكر خصمه إلخ...

٢ ـ **وفاسدة**، وهي الدعوى المستوفية شرائطها الأساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل، ولكنها مختلّة في بعض أوصافها الخارجية (أي

= المعتدة قبل انقضاء عدتها، وزواج الرجل بمطلقته بعد ثلاث تطليقات قبل تحقق أسباب حلها الجديد.

ـ **أما النكاح الباطل** فهو الذي لا شبهة فيه أصلاً، كما لو تزوج رجل إحدى محارمه، كبنته أو أخته عالماً بالحرمة، فإنه كالزنى المحض بل أفظع. فلا يترتب عليه أثرٌ من نسب أو مهر. وتجب فيه عقوبة الحد على أرجح الآراء المذهبية (ر: رد المحتار في باب المهر ٢/٣٥٠ ـ ٣٥١، وفي حد الزنى ٣/٣٥٣ ـ ٣٥٤.

فيما سميناه: ناحية فرعية)، وذلك كما إذا كان المدعى به مجهولاً بأن ادعى أحد على آخر بدَيْن مثلاً لم يبيِّن مقداره. فهي على هذا الوجه غير صالحة لأن تسير فيها المحكمة، ولكنها قابلة للإصلاح. وهذه لا يجوز ردها فوراً، ولا السير فيها وتكليف الخصم الجواب عنها. بل يكلَّف المدعي أولاً تصحيحها بتحديد مدعاه. فإذا صححها واستكمل نواقصها سارت فيها المحكمة، وإلا ردتها. ولا يستلزم هذا الرد سقوط الحق بتاتاً، بل للمدَّعي أن يجدِّدها على وجه صحيح متى شاء.

٣ ـ **وباطلة**، وهي الدعوى غير المشروعة في أصلها، كمن ادعى على أحد بطلب صدقة، أو بوفاء دين لأنه من جيران المدين، أو بطلب تنفيذ عقد باطل[١]. وهذه لا يترتب عليها حكم، بل يردها القاضي عفواً لعدم إمكان إصلاحها (ر: «أصول استماع الدعوى»، ص/٤٣ ـ ٤٥).

وهذا تفقه حسن وقياس جيد، وعليه العمل القضائي لدينا. وإنَّ نصوص الفقهاء وقوانين أصول المحاكمات ـ وإن لم تقسم الدعوى غير الصحيحة إلى فاسدة وباطلة، ولم تميِّز فيها هذا التمييز من حيث الاسم ـ هي مؤيدة له من حيث الحكم والعمل.

وإنَّ المادة /٥٠/ من قانون الأصول الحقوقية العثماني تنصُّ على أنه إذا كان في الدعوى إبهام تستوضح المحكمة من المدعي لإزالة إبهامها، ولم توجب ردها رأساً.

والتعامل القضائي في الدعوى المشروعة الأصل أنها لا ترد لخلل فرعي قابل للتدارك ـ كالجهالة مثلاً ـ إلا إذا عجَز المدعي عن استكمال نقصها، بخلاف الدعوى غير المشروعة أصلاً، ولاسيما بعد أن أصبحت

---

(١) معنى ذلك أنَّ المدعي معترف في دعواه بأن العقد الذي يطلب تنفيذه هو عقد باطل. فأما إذا كان يزعم صحته فالدعوى عندئذ صحيحة مبدئياً، ثم للمحكمة الفصل في صحة العقد أو بطلانه.

الدعوى خاضعة لرسوم مالية ومراسيم قانونية، وردها يضيع على المدعي تكاليف وجهوداً وزمناً.

فيجب التمييز في الدعاوى غير الصحيحة بين دعوى مشروعة في أصلها قابلة للتصحيح، فتكون فاسدة فساداً، ويكلف صاحبها تصحيحها، وبين دعوى غير مشروعة أصلاً لفقدان شريطة أساسية، فتكون باطلة بطلاناً.

وبناءً على ذلك تضاف الدعوى إلى زمرة ما تجري فيه نظرية الفساد وتعتبر مستثناة من الضابط الذي نصبناه، فإنها من التصرُّفات القولية غير العقدية، ومع ذلك يميز فيها بين الفساد والبطلان.

رابعاً: التعريف الاصطلاحي للفساد:

٩/٥٤ ـ أشرنا فيما سلف إلى أنَّ فقهاء المذهب الحنفي الذين أسَّسوا نظرية الفساد إلى جانب البطلان فِي المؤيدات المدنية، يعرفون العقد الفاسد بأنه: هو العقد المشروع **بأصله لا بوصفه** (ر: ف ٧/٥٤).

ونرى أنَّ هذا التعريف لا يعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد، وإنما يكشف عن سببه فقط، كما أنَّ فيه غموضاً يورث كثيراً من الاشتباه. وبناءً على ما تقدم يمكننا أن نعرف الفساد في العقد بمعناه المقصود في اصطلاح الفقه الحنفي تعريفاً آخر بأنه: **هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ.**

وهذا التعريف، بعدما سلف من بيان، أصبح واضحاً. وهو يمتاز:

١ ـ بأنه يصَّور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد، ويشير إلى سببه الموجب له وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية.

٢ ـ بأنه يصف تأثير الفساد في العقد بأنه يجعله مستحقاً للفسخ والإبطال، فيشير إلى نتيجة الفساد التي سنبحث عنها قريباً.

٣ ـ بأنه يفيد أن العقد الفاسد منعقد. وذلك من طريق وصفه

باستحقاق الفسخ، إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع.

هذا، وإن استحقاق الفسخ لا يفيد معنى تحتيم الفسخ في جميع الأحوال، بل يتلائم هذا التعبير مع الحالات التي يمتنع فيها فسخ العقد الفاسد شرعاً بمانع في بعض الأحوال، كما سنرى في بحث نتيجة الفساد.

هذا، ومن تعريف الفساد يفهم تعريف العقد الفاسد.

الفصل الخامس والخمسون

الأسباب العامة للفساد

١/٥٥ ـ إنَّ حالات الفساد، كما يفهم من تعريفه، ترجع إلى سبب عام هو: **مخالفة العقد لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة.**

وهذا السبب العام يبرز في العقود بصورة عديدة يمسك بها الفقهاء ويحددونها في كل عقد، فتعتبر هي السبب المباشر في فساده.

وهذه الصور المختلفة للمخالفة الموجبة للفساد منها ماله تأثير مفسد عام في العقود التي يعتريها الفساد، ومنها ما يختصُّ ببعض هذه العقود دون بعض.

ومن ثم تنقسم أسباب الفساد إلى نوعين: **عامة وخاصة.**

فأما الأسباب الخاصة فيرجع في معرفتها إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة من كتب الفقه، ولا مجال لعرضها هنا في هذا البحث العام.

فالشيوع مثلاً يفسد الرهن، ولا يفسد البيع (ر: ف ٢٥/٧ ـ ٢٥/٨).

والاشتراط الممنوع، المسمى بالشرط المفسد، يفسد عقود المعاوضات ولا يفسد الهبة (ر: ف ٤٣/١٤) وهلم جراً...

وتلك الأسباب العامة للفساد، فيما يظهر لنا بالاستقراء، لا تعدو ثلاثة: **الجهالة، والغرر، والإكراه**، على رأي من يرى الإكراه موجباً لفساد العقد لا لتوقفه. (ر: ف /١٨٥ ح و١٩٤ ح).

أولاً: الجهالة

٥٥/٢ ـ الجهالة المفسدة للعقود في الاجتهاد الحنفي إنما يراد بها **الجهالة الفاحشة** وهي التي تفضي إلى نزاع مشكل. والنزاع المشكل هو الذي يتعذَّر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استناداً إلى تلك الجهالة.

(ر: البدائع في الإجارة ٤/٢٠٧).

وذلك كما لو باع إنسان شاة غير معينة من قطيع غنم: فالبائع قد يريد إعطاء الرديئة بحجة عدم التعيين. والمشتري كذلك يريد الجيدة بحجة عدم التعيين أيضاً.

وكذا لو تعاقدا إجارة بأجرة مجهولة، أو مزارعةً دون بيان حصة كل منهما من الحاصل ولا يوجد عرف في مكان العقد ليرجع إليه.

وكذا لو عقد أشخاص شركة دون بيان كيفية تقسيم الربح بينهم (ر: المجلة/ ١٣٣٦).

فكل ذلك وأمثاله من صور الجهالة مفسد للعقد.

أما الجهالة التي لا تؤدي إلى نزاع مُشكل فلا تضرُّ بالعقد. وذلك كما لو باع الإنسان كل ما في صندوقه أو في بيته دون معرفة ما فيه. فيصح العقد لأنَّ المبيع، وإن كان مجهولاً، هو معيَّن بالذات بحد حاصر له متفق عليه وهو الصندوق أو البيت. وهذا التعيين حجة صالحة لإلزام كلا المتبايعين وحسم النزاع: فإنه إذا ظهر أكثر مما يظن البائع فحجة المشتري عليه راجحة؛ وإذا ظهر أقل مما يظن المشتري فحجة البائع عليه راجحة. (ر: رد المحتار ٤/ ٢١).

وعلى هذا جوَّز الاجتهاد الحنفي أيضاً اشتراط **خيار التعيين في عقود** المعاوضة، كما لو بيع أحد أشياء معينة على أن يكون لأحد المتعاقدين من بائع أو مشتر حق تعيين الواحد الذي ينصرف إليه البيع.

وقد أقرَّ الاجتهاد الحنفي اشتراط خيار التعيين هذا قياساً على خيار الشرط (ر: ف ٧/٣ ثامناً) لحاجة المتعاقد إلى التروّي والمشورة فيهما.

وقالوا: لا يضرُّ ما فيه من جهالة المبيع عند العقد، لأنها غير مفضية إلى نزاع مشكل، فإنَّ تفويض التعيين إلى أحد المتعاقدين قد فتح طريق إزالة هذه الجهالة، وجعل إرادة المفوض في التعيين ملزمة للآخر برضاه. وهذا صالح لحسم النزاع قضاءً دون تجاوز على إرادة أحد العاقدين.

(ر: «الدرر شرح الغرر» كتاب البيوع ٢/ ١٥٤).

٥٥/ ٣ ـ الجهات التي تتعلق بها الجهالة المفسدة:

هذا، وإنَّ الجهالة المفسدة للعقد إنما ترجع غالباً إلى أربع جهات:

١ ـ الجهالة في المعقود عليه (محل العقد): وذلك كجهالة المبيع في عقد البيع أو المأجور في الإجارة، أو المُصَالَح عنه في الصلح، أو الموهوب في الهبة، وهكذا.

٢ ـ جهالة العوض في عقود المعاوضات المالية: وذلك كجهالة الثمن في عقد البيع، وجهالة البدل المصالح عليه في عقد الصلح[1].

٣ ـ جهالة الآجال في كل ما يجري فيه أجل ملزم: وذلك كجهالة المدة المتعاقد عليها في عقد الإجارة، وجهالة موعد استحقاق الثمن المؤجَّل في عقد البيع، أو موعد استحقاق البدل المؤجل في عقد الصلح.

أما الأجل غير الملزم فلا تضر جهالته كمدة استمرار عقد الشركة. فإنَّ الشركة عقد غير لازم في الاجتهاد الحنفي. فلو حُدِّد لها أجل جاز للشريك فسخها قبله. فلا حاجة إلى معرفة أجلها سلفاً، بل تستمر حتى يوجد ما ينهيها من فسخ قصدي أو موت.

٤ ـ جهالة وسائل التوثيق المشروطة في العقد: وذلك كما لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل. فيجب أن يكون الكفيل والرهن معينين، وإلا فسد البيع.

---

(١) بالنظر القانوني يعتبر كل من العوضين (المبيع والثمن) محلاً للعقد.

ملاحظة:

هذا، ويلحظ في هذا المقام أنَّ الفقهاء في بحثهم عن الجهالة المفسدة يصفونها بأنها «الجهالة المفضية إلى النزاع».

هكذا يطلقون التعبير بالنزاع، وإنما مرادهم النزاع **المشكل** الذي يتعذر حسمه لتساوي حجج الطرفين فيه على نحو ما أوضحناه، وذلك بدلالة الفروع التي يذكرونها. وإلا فإنَّ مطلق النزاع لا يمكن اجتنابه بعد التعاقد ولو كان التعاقد صحيحاً. فالقضاء هو الكفيل بإحقاق الحق وحسم النزاع وفقاً لنصوص العقود وقواعد الأحكام. وإنما المشكلة عندما يكون في العقد جهالة تصلح متمسكاً لكل من الطرفين في إرادته، فيتعذر على القضاء حل النزاع دون استبداد وتجاوز على الإرادات.

ثانياً: الغرر

٥٥/ ٤ ـ الغَرَر (بفتحتين) هو في اللغة بمعنى التغرير، أي الإيهام والتوريط (ر: القاموس).

والمراد به عند الفقهاء أن يعتمد التعاقد على أمر موهوم غير موثوق. وسمي كذلك لأنَّ ظاهره يغر العاقد ويورطه في نتيجة موهومة.

وأصله ما ثبت في السنة أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام **«قد نهى عن بيع الغرر»**[1].

والاجتهاد الحنفي يميز في هذا الصدد بين نوعين من الغرر:

الأول: غرر في **أصل المعقود عليه**. وهذا يوجب **بطلان العقد،** وذلك كبيع الحمل في بطن أمه، فإنه باطل لاحتمال أن يكون انتفاخاً، أو أن يولد ميتاً... وكبيع ضربة القانص والغائص، أي ما سيخرجه الصياد في

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٣) من حديث أبي هريرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر» (ر: ف ٥/ ٢٠).

شبكته من السمك، والغائص في غوصته من الدرر. فلا ينعقد البيع في شيء من ذلك للغرر، فإنه أشبه بالقمار. ولذا كانت المباحات لا يجوز بيعها قبل إحرازها.

والثاني: غرر في **الأوصاف والمقادير** ونحوها من النواحي الفرعية. وهذا يوجب **فساد العقد**، وهو المقصود هنا.

وأكثر ما يذكر الفقهاء الفساد للغرر في البيوع والشركات:

- **ففي البيوع**: لو باع شخصٌ بقرة واشترط أنها تحلب كذا رطلاً، فالبيع فاسد للغرر، إذ يمكن أن لا تحلب هذا المقدار تماماً. وهذا بخلاف ما لو باعها على أنها حلوب أو غزيرة اللبن، فهذا وصف لا غرر فيه: فإذا تبيَّن أنها ليس لها لبن تسمى به حلوباً أو غزيرة اللبن في العرف، يحق للمشتري الفسخ بخيار **فوات الوصف المشروط**.

وكذا لو باع شاةً على أنها حامل، أو حامل ذكراً. فالبيع فاسد للغرر.

- **وفي الشركات**: لو اشترط المتعاقدان في عقد الشركة أن يكون لأحدهما **مقدار محدد** من الدنانير أو الدراهم من الربح فإنَّ ذلك غرر، لاحتمال أن لا تربح الشركة سوى هذا القدر أو أقل أو لا تربح أصلاً أو تخسر. فيشترط لصحة الشركة أن يكون الربح موزَّعاً بين الشركاء حصصاً شائعة نسبية، كالنصف أو الربع، أو كذا في المائة، فإذا شُرِط لأحدهم مقدار مقطوع فسدت الشركة (ر: المجلة/ ١٣٣٦)[1].

---

(١) يلحظ هنا أن المجلة قد عبرت في هذه المادة ببطلان الشركة إذا اشترط فيها مقدار مقطوع من الربح لأحد الشركاء. لكن المراد الفساد، كما تصرِّح به نصوص الفقهاء في الشركة وهو الموافق للقواعد (ر: الدر المختار ٣/ ٣٤٤).

وكثيراً ما يتساهل الفقهاء في التعبير بين البطلان والفساد، فيطلقون الفاسد على الباطل، وبالعكس (ر: باب البيع الفاسد في الدر المختار، وفي الدرر، وفي الهداية).

وقد نبه أيضاً على هذا التساهل في التعبير الأستاذ شفيق شحاتة (ر: رسالته نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، ف/ ١٦٣).

قال ابن المنذر: «لا خلاف لأحد من أهل العلم في عدم جواز هذا الاشتراط» (ر: فتح القدير ٥/ ٤٠٢).

ـ **وفي المزارعة والمساقاة:** إذا اشترط كذلك لأحد الطرفين قدر معيَّن مقطوع من محصول الأرض أو ثمر الشجر فسدت المزارعة للغرر. فيجب لصحة العقد أن تكون الحصص من الحاصل شائعة نسبية.

ثالثاً: الإكراه

٥/ ٥٥ ـ وأما الإكراه فقد اختلف الرأي في الاجتهاد الحنفي حول أثره في العقود إذا عقدت بالإكراه: هل يفسدها إفساداً، أو يجعلها موقوفة؟

ـ فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنَّ الإكراه يفسد العقد إفساداً، وتترتَّب عليه سائر أحكام العقد الفاسد. حتى إنَّه لو كان الإكراه في بيع أو هبة مثلاً تنتقل فيه ملكية المبيع أو الموهوب إذا تمَّ تنفيذ العقد بالتسليم، وفقاً للأحكام العامة في العقد الفاسد، كما سنرى في نتائج الفساد.

ـ وذهب زُفَرُ بن الهُذَيل من كبار أصحاب أبي حنيفة إلى أن العقد مع الإكراه **صحيح موقوف** لا فاسد، فلا يفيد حكمه بالتنفيذ، بدليل أنه يقبل الإجازة بعد زوال الإكراه باتفاق الآراء. وهذا من دلائل التوقف لا الفساد، فإنَّ الفاسد يفسخ فسخاً ولا يرتفع فساده بالإجازة. فالإكراه مانع **للنفاذ لا للصحة**.

وقد تقدَّم إيضاح ذلك في مبحث شوائب الإرادة من نظرية العقود فلينظر (ف٣٤/ ٣ متناً وحاشية).

فعلى رأي من رأى الإكراه مفسداً للعقد إفساداً يكون الإكراه من أسباب الفساد العامة. وعلى الرأي الآخر يخرج الإكراه عن هذا الموضوع إذ يكون من موانع النفاذ.

وقد بينا هناك أنَّ رأي زفر أوجه من رأي الإمام فيما يظهر، وأنَّ المادة /١٠٠٦/ من المجلة يشعر ظاهرها بأنها قد اختارت رأي زفر، إذ

صرحت بأنَّ «العقود الواقعة بالإكراه غير معتبرة، ولكن إذا أجازها العاقد المستكره بعد زوال الإكراه عنه تعتبر».

فعدم الاعتبار مفاده عدم ثبوت حكم العقد ولو تمَّ تنفيذه. وهذا إنما يتمشى على رأي زفر بالتوقف، لأنَّ العقد الموقوف هو الذي لا يفيد حكمه قبل الإجازة، ولا تنتقل فيه الملكية إذا كان ناقلاً لها ولو تمَّ تنفيذه. أما أبو حنيفة فيقول بانتقال الملكية في العقد المعقود بالإكراه إذا تمَّ تنفيذه ككل عقد فاسد، وإنما للمستكره حق الفسخ كما أسلفنا بيانه.

٥٥/٦ ـ هذه هي الأسباب العامة الثلاثة للفساد في الاجتهاد الحنفي. ويليها في العموم **الشرط المفسد**، وهو الشرط التقييدي الممنوع الذي تقدم بيانه في بحث الشروط العقدية من نظرية العقود (ف ٤٣/١٤) فإنَّ الشرط المفسد يفسد جميع عقود المعاوضات كالبيع والاستصناع والإجارة والصلح والقسمة والمخارجة، وكذا عقود الشركة والمزارعة والمساقاة.

وما سوى ذلك **فأسباب خاصة** ينحصر تأثيرها في بعض العقود. فالشيوع مثلاً يفسد الرهن، والتوقيت يفسد البيع، وعدم التوقيت يفسد الإجارة، وعدم التقابض في مجلس العقد يفسد عقد الصرف... إلى غير ذلك مما يرجع في معرفته إلى شرائط الصحة في كل عقد على حدة.



الفصل السادس والخمسون

نتيجة الفساد، وما إليها

٥٦/ ١ ـ رأينا فيما سلف: أنَّ العقد الفاسد يعتبر منعقداً (ف ٥٤/ ٧).

ورأينا في تعريف الفساد: أنه يجعل العقد مستحقاً للفسخ (ف ٥٤/ ٩).

ومن الواضح أنَّ انعقاد العقد يستوجب **أثراً** له، لأنَّ العقد الذي لا يترتَّب عليه أثره أصلاً هو الباطل.

واستناداً إلى هذا النظر تقرر في الاجتهاد الحنفي أنَّ فساد العقد ـ بالمعنى الاصطلاحي للفساد وهو أنه مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان ـ نتيجته هي: **أن يصبح العقد مستحقاً للفسخ بإرادة كلٍ من الطرفين وبإرادة القاضي**[1].

أي أنَّ العقد الفاسد يفقد قوته الإلزامية. فإذا طولب أحد الطرفين بتنفيذه دفع عن نفسه بالفسخ. فإذا لم يطلب أحد الطرفين الفسخ فإنَّ القاضي يفسخه من تلقاء نفسه دون طلب، (كما في حالة البطلان) حمايةً لنظام التعاقد الذي هو من النظام العام، وهذا لا ينافي ترتب الأحكام الأصلية على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده. فترتُّب الحكم نتيجة **للانعقاد**، واستحقاق الفسخ نتيجة **للفساد**، بحسب التفصيل التالي في هاتين النتيجتين:

أولاً: ترتيب الحكم على العقد الفاسد:

٥٦/ ٢ ـ فأما ترتيب الحكم على العقد الفاسد بمقتضى انعقاده فإنه لا يثبت بمجرد العقد، كما في العقد الصحيح؛ بل يتأخر حتى تنفيذ العقد الفاسد، فإذا كان بيعاً فاسداً مثلاً لا يملك المشتري المبيع بتمام الإيجاب

---

(١) (ر: البدائع ٥/ ٣٠٠).

والقبول، كما في البيع الصحيح، بل متى تسلمه فعندئذ يملكه وينفذ تصرفه فيه. وكذا الهبة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الموهوب، والصلح الفاسد بالنسبة لامتلاك البدل، والقسمة الفاسدة بالنسبة لامتلاك الأقسام، وهلم جراً (ر: المجلة / ٣٦٦ و٣٧١).

وفي الإجارة الفاسدة يثبت حكمها وتلزم الأجرة باستيفاء المنفعة فعلاً، لا بمجرد العقد (المجلة/ ٤٧١).

ووجهة نظر الفقهاء في تأخير ثبوت حكم العقد الفاسد إلى تاريخ التنفيذ أنه، مادام مستحقاً للفسخ، وهو عرضة للإبطال ـ حتى بإرادة القاضي ولو لم يطلب إبطاله أحد الطرفين ـ فليس من المصلحة الشرعية تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه، لأنَّ الدفع أسهل من الرفع. ولكن إذا وقع التنفيذ، والعقد منعقد، لم يبق مناص من إثبات حكم العقد (ر: «الدرر شرح الغرر» باب البيع الفاسد ٢/ ١٧٤).

٥٦/ ٣ ـ غير أنَّ هذا الحكم الذي يثبت في العقد الفاسد عند تنفيذه لا تثبت فيه الحقوق المتقابلة بحدودها التي حددها العقد، بل يرد الفساد هذه الحقوق المتقابلة إلى قواعدها الأصلية التي توجب التعادل في التبادل، لأنَّ الحدود الاتفاقية في العقد قد فسدت بفساده (ر: البدائع ٤/ ٢١٨).

وعلى هذا قرروا في البيع الفاسد أنه إذا تمَّ تنفيذه بالتسليم حتى انتقلت إلى المشتري ملكية المبيع، وجبت عليه قيمته يوم القبض. والقيمة هي سعر السوق لا ثمنه الاتفاقي المسمى في العقد (ر: المجلة / ٣٧١).

وفي الإجارة الفاسدة يستحق المؤجّر بتنفيذها **أجر المثل** كقيمة للمنافع المستوفاة، لا **الأجر المسمى** في العقد[1].

---

(١) لكنهم في فساد الإجارة قد اعتبروا الأجر المسمى حداً أعلى بسبب الاتفاق عليه. فيجب أجر المثل على أن لا يتجاوز به الأجر المسمى، إلا إذا كان فساد الإجارة ناشئاً عن جهالة الأجرة بسبب عدم تحديدها في العقد، فيجب فيها عندئذ أجر المثل بالغاً ما بلغ (ر: المجلة/ ٤٦١ ـ ٤٦٢). =

وفي الشركة الفاسدة إذا كانت شركة أموال، فالربح الحاصل فيها يستحقه الشركاء بنسبة حصصهم في رأس المال، لا بحسب اتفاقهم في عقد الشركة (ر: المجلة/١٣٦٨).

وإذا كان رأس المال من أحد الطرفين، كما في شركة المضاربة إذا فسدت، فالربح لرب المال، وللمضارب أجر مثل عمله، على أن لا يتجاوز المقدار المشروط له في العقد (ر: المجلة/١٤٢٦).

٥٦/ ٤ ـ ملاحظة: في عقد الرهن لا فرق بين صحيح وفاسد.

تستوي في نظر فقهائنا نتيجة الفساد والصحة في عقد الرهن.

فقد صرَّحوا بأنَّ الرهن الفاسد تثبت فيه ـ بالنسبة إلى الاستدانة التي تمت بسببه ـ أحكام الرهن الصحيح، من حق احتباس المرهون، والامتياز

= وهذا بخلاف قيمة المبيع في البيع الفاسد، فإنها تثبت ولو تجاوزت الثمن المسمى فيه.
ويعلل فقهاء الحنفية هذا التفريق منهم بين البيع والإجارة الفاسدين بأن الشيء المبيع ذو قيمة بذاته. فتجب في حالة الفساد قيمته المعادلة مهما بلغت.
أما المنافع فهي في الاجتهاد الحنفي غير متقوِّمة في ذاتها، وإنما يقوِّمها العقد. فإذا حدَّد الطرفان الأجر باتفاقهما لا يجوز تجاوزه (ر: البدائع آخر فصل حكم الإجارة ٤/ ٢١٨).
غير أنَّ النظرية الحنفية في عدم تقوم المنافع بذاتها هي نظرية ضعيفة. وهي عرضة للنقد المر في المذاهب الاجتهادية الأخرى التي تعتبر المنافع كالأعيان في التقوم الذاتي، كما سنرى في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة) في بحث العين والمنفعة من فصل الأموال.
وقد كان ينبغي في فساد جميع العقود أن يعتبر في الحقوق الثابتة فيها ما حدده العاقدان نظير ما قرروا في فساد الإجارة، لأنَّ فساد العقد لا يعدم الرضا بالحقوق المتقابلة المحددة فيه، اللهم إلا إذا كان فساد العقد ناشئاً عن جهالة البدل، أو عن الإكراه عند من يرى الإكراه مفسداً للعقد لا موقفاً لحكمه، فعندئذ يجب أن يثبت العوض المعادل في العقد الفاسد بالغاً ما بلغ.
وقد علمت أنَّ نظرية الفساد بكل ما فيها من قواعد وأحكام هي اجتهادية حنفية المنشأ. فهي أكثر من غيرها قابليةً للتعديل بحسب المصلحة أو اختلاف الأنظار التي يعود تقديرها للاجتهاد ولولي الأمر استناداً إلى رأي الفقهاء الثقات.

في استيفاء الدَّين منه، ولو أنَّ الراهن المستدين فسخ الرهن بمقتضى الفساد. ويكون المرهون في حالة الفساد مضموناً على المرتهن الدائن بما يعادل الدَّين كما في الرهن الصحيح تماماً، وذلك على الراجح من الآراء المذهبية. وذلك لأنَّ الراهن المدين لم يتوصل إلى الاستدانة إلا على أساس التوثيق بالرهن. فإذا فسخ الراهن الرهن فعليه إعادة الدَّين قبل استعادة المرهون، وإن حق احتباس مال الغير لاستيفاء الحق منه قد يثبت شرعاً في حالات كثيرة، دون رهن عقدي، كالوكيل بالشراء إذا اشترى للموكل ما وكله بشرائه، فإنَّ له احتباسه عن الموكل حتى يؤديه الثمن، ولو لم يكن الوكيل قد دفع الثمن من ماله، لأنه عرضة للمطالبة (ر: المجلة / ١٩٤٠ ـ ١٩٤١).

فلم يبق فرقٌ بين صحيح الرهن وفاسده من حيث النتيجة، في حق الاستدانة التي وقعت بسبب هذا الرهن الفاسد. بخلاف الاستدانة السابقة التي تَمَّت خالية عن الرهن، ثم رهن شيء في مقابلها رهناً فاسداً، فإنه لا تثبت له أحكام الرهن الصحيح.

أما الرهن الباطل فإنه لا ينعقد أصلاً، ولا يثبت فيه شيء من أحكام الرهن الصحيح على كل حال[1].

---

(١) مثال الرهن الفاسد المخالف لبعض شرائطه الفرعية المتممة رهن الحصة الشائعة في مقابل دين. فإنَّ المرهون فيه هو مال محترم قد رهن في مقابل حق مضمون، واستوفى شرائطه الأساسية فينعقد. لكن الشيوع يخل بالقبض اللازم فيكون فاسداً (ر؛ ف ٢٥/٨).

ومثال الرهن الباطل المخالف لبعض شرائطه الأساسية مالو كان الراهن غير ذي أهلية كالمجنون، أو كان المرهون غير قابل للارتهان كالمال الموقوف. وكذا لو كان الحق المرهون في مقابله غير مضمون، كالرهن في مقابل الوديعة فإنَّ الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك عند الوديع دون تعد أو تقصير منه، فيكون عقد الرهن عبثاً غير مفيد، إذ لو هلكت الأمانة لا يستوفى شيء من الرهن عنها. (ر: ف ٣١/٦ والدر المختار ورد المحتار، آخر كتاب الرهن) ٥/٣٣٨ ـ ٣٣٩.

ثانياً: استحقاق الفسخ وموانعه:

٥٦/ ٥ ـ وأما استحقاق الفسخ بمقتضى الفساد فهو مقيَّد بشريطتين:

الأولى: بقاء المعقود عليه على حاله بعد تنفيذ العقد.

فيمتنع فسخ البيع الفاسد إذا هلَكَ المبيع عند المشتري أو استهلكه أو غيَّر شكله تغييراً يتبدل به اسمه، كما لو كان قمحاً فطحنه، أو كان دقيقاً فخبزه. وكذا إذا أحدث فيه زيادة كما لو كان المبيع داراً فعمرها، أو أرضاً فغرس فيها شجراً، أو كان ثوباً فصبغه.

وامتناع الفسخ في جميع هذه الأحوال وأمثالها يترتَّب عليه أن تستقرَّ الملكية أو الحكم الذي ثبت بتنفيذ العقد الفاسد.

الثانية: أن لا يؤدي فسخ العقد الفاسد إلى إبطال حقوق قد اكتسبها غير المتعاقدين في المعقود عليه، وإلا كان الحق الناشىء للغير مانعاً شرعياً من فسخ العقدِ السابق بمقتضى الفساد.

وعلى هذا لو تسلَّم المشتري المبيع في بيع فاسد حتى اعتبر مالكاً له بالقبض، ثم باعه أو وهبه أو رهنه بعقد صحيح، أو وقفه، امتنع فسخ البيع الأول الفاسد واستقرَّ الحكم [1] الذي ثبت بتنفيذه (ر: المجلة / ٣٧٢) والدر المختار ورد المحتار في أحكام البيع الفاسد ٤/ ١٢٥ ـ ١٢٧ و١٣٠ ـ ١٣١ والبدائع ٥/ ٣٠٠ ـ ٣٠٢).

وغاية الفقهاء من منع الفسخ رغم الفساد عند عدم توافر هاتين الشريطتين إنما هي الحرص على استقرار التعامل، وصيانة الحقوق المكتسبة.

٥٦/ ٦ ـ لمن تكون سلطة الفسخ في العقد الفاسد؟

وسلطة الفسخ تثبت لكل من العاقِدَين، شريطة أن يكون بمحضر

(١) وهو انتقال الملكية إلى المشتري، والتزامه بقيمة المبيع.

الآخر مهما كان سبب الفساد في نظر أبي حنيفة. وكذا للقاضي هذه السلطة (ر: ف ١/٥٦ والبدائع ٥/ ٣٠١).

لكن ذهب صاحبه الإمام محمد إلى أنَّ الفساد إذا كان ناشئاً عن شرط مفسد مشروط لمصلحة أحد الطرفين على الآخر فحق الفسخ ينحصر بالطرف الذي كان الشرط المفسد مشروطاً لمصلحته، لأنه هو القادر على تصحيح العقد بحذف الشرط، فلو ساغ للآخر الفسخ لأبطل حقه في التصحيح وتثبيت العقد (ر: البدائع ٥/ ٣٠٠).

٧/٥٦ ـ يقول الأستاذ شفيق شحاته في بحثه عن الفساد ما خلاصته: «إنَّ القول بانتقال الملك إلى المشتري بالقبض في البيع الفاسد هو تصوير حنفي بحت، وهو جوهر نظرية الفساد. وإن المقصود منها في الواقع حماية حقوق الغير، فلا يصح الاحتجاج بفساد العقد تجاه هذا الغير، وليس لمالك الشيء الذي خرج من ملكه بعقد فاسد أن يسترده إذا تداولته الأيدي، إذ لو صحَّ له ذلك لتزعزعت العلاقات التعاقدية.

فأسباب الفساد كثيرة، وليس في الفقه الإسلامي طرق لشهر التصرفات[1] فيبقى الغير جاهلاً لعيوب ملكية من نقل إليه الملك، فإذا اشترى كان ملكه متقلقلاً. لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة، يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر. وذلك أنهم اعتبروا التصرف في العين يطهرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرف.

ولكن كيف يتيسر لشخص تمليك أكثر مما يملك هو؟

يظهر أنَّ هذا الإشكال دعا الفقهاء إلى تصور انتقال الملك إلى

(١) **أقول**: بل ليس في الفقه الأجنبي الحديث أيضاً طرق لشهر التصرف في الأموال المنقولة بحيث يعلمه من يشاء، بل لا يمكن ذلك في المنقولات، ولذا اقتصرت طرق الشهر القانوني اليوم على التصرُّفات العقارية بتسجيلها في صحيفة العقار من السجل العقاري، لإمكان أن يكون لكل عقار سجل، بخلاف المنقولات.

المشتري بقبض العين المبيعة في البيع الفاسد، وأنَّ له أن ينقل ملكيتها إلى غيره أو يرهنها. وعندئذ لا يستطيع المالك[1] في هذه الأحوال أن يستردها من الغير. بل له فقط مطالبة المشتري الأول بالعوض، وهو قيمة الشيء المبيع».

(رسالة «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» للأستاذ شفيق شحاته، ف/ ١٧٢ ـ ١٧٣).

وهذا كلام جيد وفهم سديد في نظرية الفساد[2].

---

(١) المراد بالمالك هنا البائع في البيع الفاسد الأول، وذلك باعتبار ما كان، لأنَّ ملكيته قد انتقلت.

* (٢) يرى الأستاذ شفيق شحاته آراء أخرى في تحليل نظرية الفساد لا نقرُّه عليها، فمن ذلك أنه يرى:

«أنَّ الفساد هو في الحقيقة بطلان، وأنَّ العقد الفاسد هو في الواقع باطل لا أثر له فيما بين العاقدين لأنَّ الفقهاء قد نصُّوا على أنَّ للكفيل إذا دفع بمقتضى عقد كفالة فاسد، أن يسترد ما دفعه إلخ.. وتنفيذ العقد الفاسد لا يزيل الفساد.

وأما قول الفقهاء: «إنَّ القبض ينقل الملكية في البيع الفاسد»، فليس إلا مجرَّد تصوير يُقصد به تصحيح تصرُّف المشتري في العين المبيعة، فتتحقق بذلك حماية حق الغير.

ومما يؤيِّد عدم انتقال الملك إلى المشتري في البيع الفاسد، أنَّ العقار المبيع لا يُؤخذ بالشفعة رغم حصول القبض» اهـ.

(الرسالة المذكورة، ف/ ١٦٩ ـ ١٧٠/ بتلخيص).

أقول: يتضح بعد ما أسلفناه من مباحث الفساد المؤيدة بالنصوص أنَّ هذا النظر من الأستاذ شفيق شحاتة غير مستقيم للأسباب التالية.

١ ـ أن الفساد كما أوضحنا، هو مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان (ر: البدائع ٥/ ٢٩٩) فالعقد الفاسد لا يمكن أن يعتبر باطلاً، ولا فيما بين المتعاقدين. كيف ونصوص الفقهاء تصرِّح بأنَّ العقد الفاسد منعقد، والباطل غير منعقد!؟

٢ ـ أنَّ الكفالة من التصرّفات التي لا يميّز فيها بين فاسد وباطل، ففسادها في اصطلاحهم بمعنى البطلان، كما قد بيناه سابقاً (ر: ف ٥٤/ ٧).

٣ ـ إذا كان تنفيذ العقد الفاسد لا يزيل فساده، فهذا لا يستلزم أن يكون باطلاً بين المتعاقدين، فإنَّ مقتضى الفساد هو استحقاق العقد للفسخ، وهذا لا يمتنع بالتنفيذ، بل يمنعه تعلُّق حق للغير في المعقود عليه.

٤ ـ إنَّ العقار المبيع بيعاً فاسداً لا يُؤخذ بالشفعة من المشتري لا لعدم انتقال ملكيته =

٥٦/٨ ـ الفساد لا يرتفع بالإجازة:

هذا، ويجب أن يلحظ أنَّ فساد العقد كبطلانه لا يرتفع بإجازة أحد العاقدَين أو كليهما، لأنه ناشىءٌ عن مخالفة نظام العقد، وليس لأحد أن يُقرَّ هذه المخالفة. بل يبقى العقد الفاسد مستحقاً للفسخ ولو أجَازَه المتعاقدان:

ولكن الفساد يمكن أن يزول بإزالة سببه، كما لو كان الفساد لشرط ممنوع مفسد فتخلى الطرفان عن الشرط في مجلس العقد. وكذا لو كان الفساد لجهالةِ أحدِ العوضين في البيع، أو لجهالة نسبةِ الأرباح في الشركة، فعيَّن الطرفان العوض أو الربح المجهول. فعندئذ يزول الفساد وينقلب العقد صحيحاً؛ فإنَّ من القواعد المقررة أنه «**إذا زال المانع عاد الممنوع**» (ر: ف ٧/٢٨).

٥٦/٩ ـ هذه هي نظرية الفساد في الفقه الإسلامي مفصلاً فيها مبناه النظري وأسبابه ونتائجه. وهي ترينا أنَّ الفساد في المؤيِّدات المدنية مرتبة ثالثة بين مرتبتي الصحة والبطلان يكون العقد معها منعقداً مختلاً، فيستحق الفسخ، وتثبت له قبل الفسخ آثار بصورة تختلف عما في حال الصحة (ر: البدائع ٥/٢٩٩ وما بعدها).

٥٦/١٠ ـ ترتيب أحوال العقد بحسب أنواع المؤيدات المدنية:

يجب أن يلحظ في أحوال العقد بحسب تلك المؤيدات المدنية جميعها الترتيب التالي:

= إليه بالقبض، بل لأنَّ ملكيته فيه عرضة للانتقاض بفسخ البيع للفساد. فبائعه لم ينقطع حقه في استرداده. (ر: مرشد الحيران، م/١٠٦ و١١٥).
بل لقد صرَّحوا بأنَّ مشتري العقار في البيع الفاسد إذا قبضه يصبح هو شفيعاً فيما بيع بجانبه بمقتضى أنه أصبح مالكاً، ولو أنَّ ملكيته في العقار الأول المشفوع به هي عرضة للفسخ بحكم الفساد!!

(١) (ر: رد المحتار باب البيع الفاسد ٤/١٢٤ ـ ١٢٥).

- العقد: إما منعقد، وإما باطل.
- والمنعقد: إما صحيح، وإما فاسد.
- والصحيح: إما نافذ، وإما متوقف[1] أو موقوف.
- والنافذ: إما لازم، وإما مخيَّر، أو غير لازم.

(ر: المجلة / ١٠٥ ـ ١١٥، ورد المحتار ٤/١٠٠).

ويجب الانتباه إلى هذا **التقابل** بين أسماء هذه الأحوال وأسماء المؤيّدات المقابلة لها في اصطلاح الفقهاء:

- **فالانعقاد** يقابله: **البطلان**.
- **والصحة** يقابلها: **الفساد**.
- **والنفاذ** يقابله: **التوقف**.
- **واللزوم** يقابله **التخيير**، **أو عدم اللزوم**.

ولا يجوز استعمال أحد هذه الألفاظ في غير موقعها، ولا مقابلتها بغير ما يقابلها لما يترتب على ذلك من خلط وإيهام، لاختلاف كل حالة عن الأخرى في المفهوم والأحكام

---

(١) العقد النافذ هو مالا يتوقف على إجازة غير العاقدين لعدم تعلق حق فيه لأحد غيرهما. والعقد المتوقف هو ما يحتاج إلى إجازة من غير العاقدين لمساسه بحقه، كما تقدم في بحث الآثار العامة للعقد في نظرية العقود. (ر: ف ٢/٣٨).

الفصل السابع والخمسون

موقف القانون من الفساد، ورأينا في الموضوع

١/٥٧ ـ الفقه القانوني لم يعرف نظرية الفساد التي أسسها الاجتهاد الإسلامي مثلما عرف نظرية البطلان كما سنرى.

والاجتهاد الحنفي الذي جاء بنظرية الفساد، وكان عليه قضاء الدولة العثمانية، قد كان من الاجتهادات التي ضيَّقت من حرية سلطان الإرادة في الشروط العقدية، وإن كان يعتبر متوسطاً بالنسبة إلى غيره كما تقدم (ف ٣/٤٢ و ١٢/٤٣ وما بعدها).

ومن ثم كان الشرط الذي لا يجوز اشتراطه في العقد يُعتبر **مفسداً للعقد**.

ولما كانت هذه الشروط كثيرة أصبحت حوادث الفساد في العقود كثيرة أيضاً.

وفي أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبة. وتطوَّرت أيضاً أساليب التجارة الداخلية والصنائع. وتولَّدت في العصر الحديث **أنواع من الحقوق** لم تكن معهودة كامتياز المؤلف والمخترع وكل ذي أثر فني جديد في استثمار كتابه أو مخترعاته أو آثاره الفنية، مما سمي بالملكية الأدبية والصناعية. واحتاج أصحاب هذه الحقوق والامتيازات إلى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها. وظهرت في التجارة الخارجية أيضاً حاجة قوية إلى عقود التأمين التي عرفت باسم

(السوكرة)[1] لضمان الأخطار على البضائع المشحونة، ولاسيما في النقل البحري. واتَّسع مجال عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية. وكذا عقود التعهد بتقديم اللوازم والأرزاق والمواد الأولية إلى الدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس، مما سمي **«عقود التوريد»** وكل ذلك يعتمد على المشارطات في شتى صورها.

وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية. فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزاماته في مواعيدها المشروطة مضرّاً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل.

فلو أنَّ متعهداً بتقديم المواد الصناعية إلى صاحب معمل تأخر عن تسليمها إليه في الموعد المضروب لتعطَّل المعمل وعماله. ولو أنَّ بائع بضاعة لتاجر تأخر في تسليمها حتى هبط سعرها لتضرَّر التاجر المشتري بخسارة قد تكون فادحة. وكذا تأخر الصانع عن القيام بعمله في وقته، وكل متعاقد إذا تأخر أو امتنع عن تنفيذ عقده في موعده.

ولا يعوِّض هذا الضرر القضاء على الملتزم بتنفيذ التزامه الأصلي، لأنَّ هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، وليس فيه جبر لضرر التعطل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخر خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهاوناً منه أو امتناعاً.

وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخَّر عن تنفيذ التزامه في حينه.

ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي: الشرط الجزائي Clause pénale.

---

(١) انظر ما تقدم (ف ٢٤/٤٦).

وهكذا تضافرت الأسباب والدواعي، وتمخضت العوامل الزمنية في تطور الحياة الاقتصادية العامة، فولدت حاجة ملحة إلى حرية في أساليب التعاقد أوسع مما كان في قواعد المذهب الحنفي الذي كان هو المذهب المعمول به في قضاء الدولة.

وكانت بعض قواعد نظريتي البطلان والفساد في هذا المذهب بحدودها القديمة، وخاصة فساد العقد في كثير من الشروط العقدية، حائلاً دون الاستجابة إلى هذه الحاجة.

لذلك ظهر الضيق في حرية التعاقد بسبب الفساد في الشروط وما تفرضه قواعده من قيود، مع ازدياد حاجة التعامل التجاري والصناعي إلى سعة مجال الاشتراط في الحقوق والالتزامات التعاقدية.

٢/٥٧ ـ وقد كانت العصبية المذهبية وضيق التفكير الفقهي إذ ذاك حائِلَين دون التماس العلاج مما في صيدليات المذاهب الفقهية الأخرى ومستودعاتها من فقه خصيب، ونظريات سمحة لا تضيق عن حاجة تشريعية إذا ضاق عنها المذهب الواحد، فلم تأخذ جمعية المجلة في الشروط العقدية بغير المذهب الحنفي من المذاهب التي وسَّعت في حرية الشروط العقدية توسعةً لم تأت القوانين الحديثة بأكثر منها؛ كالمذهب الحنبلي، ومذهب ابن شُبْرمة والقاضي شُريح، مما تقدم بيانه في بحث سلطان الإرادة من نظرية العقود[١].

(١) وهكذا انقلبت نظرية الفساد مشكلة بعد أن كانت علاجاً. فإنَّ الاجتهاد الحنفي إنما أسَّس نظرية الفساد ليقيم بها حاجزاً دون تردي العقد في هاوية البطلان كلما خالف نظامه المشروع كما في بعض المذاهب. فميَّز الاجتهاد الحنفي بين أنواع المخالفات ودرجاتها، وحصَرَ المخالفات المبطلة في نطاق ضيق. فكانت أصل الفكرة من عبقريات الاجتهاد الحنفي في المنطق الفقهي. وكان من الجيد فيه أن يعتبر الاشتراط الممنوع مفسداً للعقد المشروع الأصل، لا مبطلاً. ولكن دائرة هذه الشروط الممنوعة في الاجتهاد الحنفي لا تزال واسعة، وحرية المشارطة فيه ضيقة، رغم أنه يعتبر متوسطاً في ذلك بين المذاهب الأخرى التي سلَفَ بيانها في بحث سلطان الإرادة. =

لذلك شعرت الدولة العثمانية بالحاجة الملحة إلى وضع نص قانوني جديد يوسِّع حرية التعاقد، والشروط العقدية، وقابلية المحل المعقود عليه، مادامت المجلة ـ وهي بمثابة القانون المدني الشرعي العام ـ لم تحل هذه المشكلة، لأنها لم تأخذ من غير الاجتهاد الحنفي.

٥٧/ ٣ ـ لكن الحكومة العثمانية لم تشأ أن تجابه مجلة الأحكام الشرعية بالتعديل المباشر، فالتجأت إلى قانون أصول المحاكمات الحقوقية الذي لا صلة له بهذا الموضوع، فاستبدلت بإحدى مواده الباحثة عن بعض إجراءات المحاكمة (وهي المادة / ٦٤) مادة أخرى جديدة أزلقتها محلها بقانون صدر في ١٥ جمادى الآخرة سنة ١٣٣٢هـ وقرَّرت فيها المبادىء القانونية الثلاثة التالية:

١ ـ إنَّ كل ما تعورف تداوله من أعيان ومنافع وحقوق يعتبر محلاً صالحاً للتعاقد عليه، ككل مال متقوّم. وكذلك الأشياء التي ستوجد.

٢ ـ إنَّ كل اتفاق أو اشتراط يُعتبر ملزماً للمتعاقدين مالم يكن مخلاً بالآداب العامة، أو النظام العام، أو مخالفاً لنص قانوني خاص، أو لأحكام القوانين العقارية، أو لأحكام الأوقاف، أو لأحكام الأحوال الشخصية، كالإرث والانتقال، وأهلية العاقِدَين، وحقوق الأسرة. فهذه **ست نواح** مستثناة تعتبر أحكامها إلزامية لا يجوز الاتفاق على خلافها.

٣ ـ إذا اتفق المتعاقدان على النقاط الأصلية ـ أي النواحي الأساسية ـ

= ومما يلحظ أنَّ الاجتهاد الحنبلي قد شدَّد جداً في نظرية البطلان، فاعتبر كل مخالفة للنصوص الآمرة في نظام التعاقد الشرعي، وكل شرط ممنوع، سبباً لبطلان العقد. لكنه ضيَّق دائرة الشروط الممنوعة ففتح لحرية الاشتراط مجالاً واسعاً.

أما الاجتهاد الحنفي فقد ضيق نطاق نظرية البطلان بتأسيس نظرية الفساد. لكنه جعل دائرة الشروط الممنوعة واسعة، فأورث ضيقاً محرجاً في حرية التعاقد.

وكل من الاجتهادين أوجه من ناحية. فلو يؤخذ من الاجتهاد الحنفي نظريته في التمييز بين البطلان والفساد، ومن الحنبلي نظريته في سلطان الإرادة والشروط العقدية، لكان منهما أحكم وأرحب نظام مدني في العقود.

يعتبر العقد تاماً، ولو لم تذكر النقاط الفرعية. ثم عند الاختلاف في تلك النواحي الفرعية تعينها المحكمة بحسب ماهية القضية.

٤/٥٧ ـ أ ـ تحليل المبدأ الأول:

فالمبدأ الأول من هذه المبادىء قد جاء تعديلاً لبعض أسباب البطلان فيما يتعلق بمحل العقد. فإنه جاء بتوسيع قابلية المحل للتقويم، وهذه القابلية هي من شرائط الانعقاد العامة، فجعل في ذلك **عرف الناس** هو الأساس في التقوم، بينما كان أساسه في نظر فقهائنا هو **حل الانتفاع شرعاً**؛ فالخمر كانت تعتبر من الأموال غير المتقومة في حق المسلمين، فلا ينعقد بيعها وشراؤها، ولا يضمن متلفها[1]، فأصبحت في حكم هذه المادة مالاً متقوّماً ومحلاً صالحاً للتبايع وسائر العقود[2].

وكذلك الحقوق المجرَّدة كحق الشرب للأراضي، وحق التعلي والركوب في طوابق البناء، وكالديون في الذمم، وكالامتيازات في بعض الحقوق القانوية الحديثة مثل حق الملكية الصناعية، وحق الملكية الأدبية للمؤلفين في الطبع والنشر، وامتيازات إصدار الصحف الدورية من جرائد ومجلات، وأسماء هذه الصحف، وأسماء المحلات التجارية المشتهرة التي يرغب الناس اليوم في شراء أسمائها من أصحابها للاستفادة من شهرتها.

---

(١) أما في حق غير المسلمين فتعتبر الخمر مالاً متقوّماً شرعاً، فيجوز تعاقدهم عليها. فيضمن المسلم ما أتلفه من الخمر لغير المسلم، لأن الإسلام أوجب معاملتهم بما يدينون. وهذا من مزيد سماحة الشريعة الإسلامية (ر: رد المحتار ٤/١٠٤).

(٢) بخلاف الحشيش والأفيون ونحوهما من المواد المخدّرة التي يمنعها القانون بنص خاص، فإنها بقيت غير متقومة بالنظرين الشرعي والقانوني وفقاً للمبدأ الثاني. فلا تنعقد بيوعها، بل تجب مصادرتها ويعتبر اقتناؤها جريمة يعاقب القانون عليها.
فنظرية عدم التقوّم في المال موجودة أيضاً في النظر القانوني، لكن مبناها فيه هو المنع القانوني من تداول المال، لا التحريم الشرعي. وسنرى تفصيل ذلك في فصل الأموال من الجزء الثالث الذي أسميناه «المدخل إلى نظرية الالتزام العامة».
(انظر أيضاً كتاب «الملكية ونظرية العقد» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ف/٤).

فكل ذلك أصبح بمقتضى هذه المادة القانونية قابلاً للبيع وسائر العقود.

ويلحظ أنَّ معظم ما يتفرَّع على هذا المبدأ من نتائج هو سهل التخريج على قواعد الفقه الإسلامي، سوى التعاقد على الخمر ونحوها من المحرَّمات الشرعية.

٥٧/ ٥ ـ ب ـ تحليل المبدأ الثاني:

والمبدأ الثاني تضمَّن تعديلاً لبعض أسباب البطلان الأخرى، وبعض أسباب الفساد، مما يتعلَّق بحدود سلطان الإرادة في إنشاء الحقوق وإسقاطها، وفقاً للقاعدة القانونية القائلة: **إنَّ العقد شريعة المتعاقدين.**

١ ـ فبالنظر إلى **أسباب البطلان** نجد أنَّ العقود التي كان يبطلها التعليق على الشرط، كالبيع والإجارة وسائر المعاوضات والتبرعات، قد أصبحت قابلة للتعليق، وفقاً لاتفاق العاقدَين كما تقدَّم في بحث سلطان الإرادة العقدية (ر: ف ٤٣/ ١٥).

وكذلك التعاقد على الالتزامات السلبية، كعدم الارتفاع بالبنيان أمام الجار أكثر من حدّ معيّن، وعدم تشغيل صاحب معمل لمعمله، وعدم متاجرة أحد التجار بصنف معين من البضائع، تخفيفاً للمزاحمة الصناعية أو التجارية.

فكل ذلك وأشباهه قد أصبح التعاقد عليه معتبراً وملزماً بعد أن كان باطلاً في قواعد الاجتهاد الحنفي.

٢ ـ وبالنظر إلى **أسباب الفساد** قد ألغى هذا المبدأ الشرط المفسِد، وهو من أسباب الفساد الخاصة بعقود المعاوضات. فجميع الشروط العقدية أصبحت صحيحة ملزمة، إلا ما كان مخلاً بالنواحي الست المستثناة، وهي النظام العام، والآداب العامة إلخ..

٥٧/ ٦ ـ وبناءً على ذلك أصبح من الجائز قانوناً أن يتفق المتعاقدان،

في العقود المسماة، على خلاف ما قرَّره التشريع والفقه من أحكام في كل عقد منها[١] ما لم يمنع من مخالفته نص قانوني آمر. فالأصل في تلك الأحكام التشريعية للعقود أنها غير إلزامية، وإنما ينظمها التشريع والاجتهاد سلفاً ليعتمد عليها العاقدان، ويستغنيا بذلك عن تفصيلها في العقد. ونتيجة ذلك أنها تثبت بين المتعاقدين مالم يتفقا في العقد على خلافها (ر: ف ٧/٣٩ و٨/٤٢ و٣/٤٧).

فلو اتفق المتبايعان على عدم انتقال ملكية المبيع إلى المشتري قبل أداء جميع الثمن المؤجَّل أو المقسّط، أو على عدم ضمان البائع إذا هلَكَ المبيع عنده قبل التسليم، فذلك على ما اتفقا. وقد كان مثل هذا الاشتراط مفسداً للعقد في نظر الاجتهاد الحنفي، لأنَّ الأصل فيه أنَّ أحكام العقود إلزامية، فاشتراطُ خلاف مقتضى العقد مفسدٌ له إلا فيما نصَّ على جواز مخالفته.

ومما يدخل أيضاً في شمول هذا المبدأ التعهُّد بالضمان المالي جزاء للنكول أو التأخر عن تنفيذ الالتزام، مما يسمى في الاصطلاح القانوني الحديث: **الشرط الجزائي** clause pénale كما تقدم (ف ٥٧/ ١).

والشرط الجزائي هذا يتخرَّج على مذهب القاضي شُريح، فقد روى عنه نظيره. كما سلف بيانه (ر: ف ١٨/٤٢).

وهذا المبدأ الثاني بجميع نتائجه هو من صميم مبدأ سلطان الإرادة. وإذا ضاقت عنه قواعد المذهب الحنفي وأشباهه من الاجتهادات في حدود حرية الشروط العقدية، ففي الفقه الإسلامي متَّسع له من المذاهب التي أخذت بالنظر الواسع في حرية الاشتراط، مما تقدَّم بيانه في البحث عن سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي.

(١) مما يسمى: مقتضى العقد، كما تقدم (ر: ف ٧/٣٩).

٧/٥٧ ـ ج ـ تحليل المبدأ الثالث:

وأما المبدأ الثالث فقد جاء تعديلاً لسبب آخر من أسباب الفساد، وهو الجهالة. فإنه لم يعتبر الجهالة مضرّة في تكوين العقد وصحته إذا كانت في ناحية فرعية منه، وكانت النواحي الأساسية معلومة متفقاً عليها منذ التعاقد، أو اتفق العاقدان على أساس صالح لتحديدها فيما بعد.

مثال ذلك: مالو تبايع اثنان واتفقا على أن يكون ثمن المبيع هو سعره في السوق، أو السعر الذي سيستقر له في ذلك اليوم، أو اشتراه مرابحة بزيادة عشرة في المائة على رأس ماله بحسب قائمة رأس المال التي ستصل إلى البائع. فالنواحي الأساسية في كل هذه الأمثلة متَّفق عليها، فإنَّ المبيعَ معلوم، والثمن متَّفقٌ على مقياس تحديده. فلا ضَيْر من عدم معرفة مبلغ الثمن حين التعاقد.

فهذه الجهالة كانت تُعتبر مفسدةً للعقد في الاجتهاد الحنفي، ومبطلةً له في بعض الاجتهادات الأخرى، ولكن هذا المبدأ الثالث في المادة/ ٦٤/ المبحوث عنها قد اكتفى لتصحيح العقد بمعلومية النواحي الأساسية إذا اتفق عليها الطرفان. وقد جعل تعيين النواحي الفرعية عند اختلاف المتعاقدين **إلى المحكمة، فتعينها بمعرفة الخبراء** متخذةً من تلك الأسس المتفق عليها مقياساً لتحديد النواحي الفرعية المختلف عليها.

وهذا المبدأ أيضاً قوي المبنى، وهو مقبول في قواعد الاجتهاد الحنبلي الذي أقرَّ فقهاؤه البيع، **بما ينقطع عليه السعر**، كما سلف بيانه في نظرية العقود(ر: ف ٤٢/١٦).

أما إذا كانت بعض النواحي الأساسية في العقد مجهولة غير متفق عليها ولا على أساس صالح لتحديدها فإنها بمقتضى هذا المبدأ تبقى مفسدة للعقد وفقاً للحكم الشرعي في الاجتهاد الحنفي. وذلك كما لو كان المبيع مجهولاً، أو تبايعا أو تشاركا على أن يتفقا على الثمن أو على نسبة الأرباح فيما بعد، فهذا عقد فاسد بمقتضى المادة/ ٦٤/ نفسها، لأنها لم تصحح من

العقود المشتملة على جهالة إلا ما كانت الجهالة فيه فرعية، وكان متفقاً فيه على النواحي الأساسية أو على أساس صالح لتحديدها فيما بعد[١].

٨/٥٧ ـ موقف القانون المدني السوري الجديد:

إنَّ قانوننا المدني السوري الذي صَدَر ونحن نطبع هذا الكتاب قد أخذه مصدروه عن القانون المدني المصري الجديد الذي نُفِّذ في مصر أيضاً هذا العام (١٩٤٩م)، وهو مستمد من مجموعة قوانين مدنية أجنبية. وسنرى قريباً أنَّ الفقه الأجنبي خلو من نظريةٍ للفساد تقابل نظريتنا الفقهية.

ومن ثم جاء قانوننا المدني، (وكذا أصله المصري الجديد)، خلواً من كل أثر لنظرية الفساد، غير أنه قد جاء مؤيّداً للمبادىء الثلاثة التي أتتنا بها المادة/ ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السالفة البيان.

أ ـ فالمادتان /٨٣ و١٣٢/ من هذا القانون المدني الجديد أقرتا المبدأ الأول المتعلق بتقوم الأموال وقابليتها للتعاقد.

فقد نصت المادة /٨٣/ على أنَّ «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصحُّ أن يكون محلاً للحقوق المالية».

ونصت المادة /١٣٢/ على «جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً»، فشملت صحة بيع المعدوم الذي سيوجد وما في معناه، كالثمار قبل مواسمها، حتى الأجِنَّة في بطون أمهاتها.

ب ـ والمادتان /١٤٨ و١٤٩/ منه تضمنتا المبدأ الثاني بشأن حرية الشروط.

---

(١) إن جمهور رجال القانون لدينا إلى اليوم يظنون أن المادة/ ٦٤/ من قانون الأصول الحقوقية المذكورة قد ألغت نظرية الفساد إلغاءً كلياً. وهذا خطأ فإنها إنما ألغت الفساد بالشرط مطلقاً إلا ما كان مخالفاً لأحكام النظام العام، وألغت أيضاً الفساد بالجهالة الفرعية. فبقيت الجهالة الأساسية على أصل الحكم الفقهي مفسدة للعقود.

فإنَّ المادة /١٤٨/ صرَّحت بمبدأ «**أنَّ العقد شريعة المتعاقدين**».

والمادة /١٤٩/ صرَّحت بأنه «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

وقد استثنى القانون المدني أيضاً ما يتعلق بقواعد الإرث والنظام العام والآداب العامة من الاتفاقات المخالفة لها. (انظر المواد /١٣٧ و١٤٦).

ونظم ـ في القسم الأخير منه ـ الأحكام العقارية التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، كما ترك لأحكام الشريعة الإسلامية بقية الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق وغيرهما، سوى ما جاء فيه من بعض أحكام بشأن أهلية الأشخاص وتسميتهم وموطنهم وما إلى ذلك، فهذه عمد إلى تنظيمها في المواد /٣١ ـ ٥٣).

ج ـ والمادة /٩٦/ منه تضمنت المبدأ الثالث، فصرَّحت بأنَّ الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية كاف لتمام العقد. ثم إذا قام اختلاف بين الطرفين على المسائل الفرعية التفصيلية، فإنَّ المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة.

وبذلك تكون جميع المبادىء القانونية الثلاثة التي تضمنتها المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات العثماني قد استوفاها القانون المدني الذي هو المحل الطبيعي لهذه النصوص[(١)].

٩/٥٧ ـ رأينا في نظرية الفساد:

وصفوة القول: أنَّ نظرية الفساد في الفقه الإسلامي متينة المبنى وهي في ذاتها من مزاياه القيّمة المفيدة التي انفرد بها في نظام المؤيِّدات التشريعية، فجَعَلَ منها في طريق البطلان محطة نافعة.

---

(١) وقد كان المحل المناسب لها في السابق إنما هو المجلة التي كانت هي القانون المدني الشرعي، فإنَّ هذه المبادىء الثلاثة هي تعديل لأحكام المجلة، ولكن الحكومة العثمانية قد دسَّتها دسّاً في قانون أصول المحاكمات، كما أشرنا إليه.

وأما الحرج الذي لوحظ في تطبيقها قبل وجود المادة /٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني فلم يكن ناشئاً من نظرية الفساد نفسها، بل من ضيق حرية المشارطات العقدية في المذهب الحنفي الذي يرى الأصل في معظم أحكام العقود أنها إلزامية، فاشتراط خلافها في العقد مفسدٌ له.

على أنه لولا نظرية الفساد لكان مثل هذا الاشتراط مبطلاً للعقد، كما في بعض المذاهب الأخرى. فنظرية الفساد قد وجدت لتكون **فرجاً لا حرَجاً**. ولكن نظرية الشرط الممنوع المُفْسِد حملت عليها سيئاته. فكان الناس بينهما كمن يجلس في الهواء الطلق البارد فيمرض، فالمرض إنما جاءه من البرد المصاحب لا من الهواء الطلق، أو كمن يكثر من علاج نافع له فيؤذيه، فالذي ضرَّه هو الإكثار لا نوع العلاج!!

وقد بيَّنا أنَّ نظرية الفساد اجتهادية قابلة لأن يتصرَّف فيها الاجتهاد بالتعديل في أسباب الفساد وأحكامه بحسب الحاجة والمصلحة التشريعيتين.

ورأينا أيضاً كيف أن تطبيق نظرية الفساد على نظام **الدعوى** قد كان له أحسن الأثر في الأصول القضائية (ر: ف ٨/٥٤)، حتى إنَّ القضاء الأجنبي لم يستغن عن فكرة التمييز بين دعوى ناقصة مختلة قابلة للتصحيح، ودعوى باطلة غير مشروعة من أصلها، فتُرَدُّ رأساً ولا تقبل تصحيحاً، فقد طبقوا نظرية الفساد في الدعوى عملياً، وإن لم يعرفوها بهذا الاسم.

وقد أفاد قانون حقوق العائلة العثماني لدينا من تطبيق نظرية الفساد في النكاح، وفقاً لرأي من يميِّز في النكاح بين فاسد وباطل من حيث الأثر، وإن كانوا سواء في عدم الانعقاد، فاعتبر القانون المذكور الزواج المخالف لشرائطه الشرعية والقانونية:

فاسداً ـ إذا كان يثبت فيه بالدخول نسب للولد وعدة على المرأة رغم عدم انعقاده: كنكاح المحارم في رأي أبي حنيفة، والنكاح بلا شهود، ونكاح من دون السن التي اشترطها القانون.

وباطلاً ـ إذا كان عديم الأثر كالزنى المحض لا يثبت معه نسب، كزواج المسلمة بغير المسلم.

(ر: قانون حقوق العائلة، لائحة الأسباب الموجبة عن بطلان النكاح وفساده، والمواد/ ٥٢ ـ ٥٨ و٧٦ منه).

وهذا تمييز حكيم يفيد في إزالة التناقض النظري في إثبات بعض أحكامٍ لعقدٍ موصوف بالبطلان، ويقوم على التوسُّع في معنى **الفاسد** بحيث يشملَ **غير المنعقد**. وتكون نقطة الافتراق بينه وبين **الباطل** هي ثبوت بعض آثار التصرُّف **الصحيح** أو عدم ثبوت شيء منها.

فجدير بالتقنين الحديث أن يلتفت إلى نظرية الفساد مع التعديل في أسبابه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة العقدية، فيفيد منها كثيراً.

الفصل الثامن والخمسون

نظرية البطلان في الفقه الأجنبي
عرض ونقد، ومقارنة بنظريتي البطلان والفساد
في الفقه الإسلامي

١/٥٨ ـ نرى من المفيد ـ بعد بحثنا هذا في نظريتي البطلان والفساد في الفقه الإسلامي ـ أن نلمَّ بعرض موجز لنظرية البطلان في الفقه الأجنبي نخلص منه إلى مقارنتها بما رأيناه من ذلك في فقهنا الإسلامي، ويكون هذا ختام البحث في نظرية المؤيِّدات الشرعية.

٢/٥٨ ـ تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي في الفقه الأجنبي:

إنَّ علماء القانون الفرنسي يجعلون بطلان العقود لديهم على نوعين:

البطلان المطلق Nullité absolue.

والبطلان النسبي Nullité relative.

أ ـ فأما البطلان المطلق، فنظريته لديهم متفقة كل الاتفاق مع نظرية البطلان في الفقه الإسلامي بالفكرة والقواعد والأسباب والنتائج، حتى لتكاد تكون في أحكامها نسخة طبق الأصل عما في الفقه الإسلامي:

فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً عندهم أيضاً، وإن وُجد **فعلاً**، هو معدوم **اعتباراً**، أي غير منعقد. وسبب هذا البطلان فقدان أحد مقوِّمات العقد أو بعض شرائطها. ويترتب على ذلك:

- أنَّ العقد الباطل لا يفيد حكمه وآثاره، ولا يقبل الإجازة، ولا يحتاج إلى إبطال من قبل الحاكم.

- وإذا تمسَّك به أحد الطرفين وادعى بطلب تنفيذه فللقاضي من تلقاء نفسه أن يقرر البطلان ويرد الدعوى، لأنَّ العقد في الواقع معدوم فليس بحجة أمام القضاء. وكذا لكل ذي مصلحة غير الطرفين المتعاقدين، كالوارث والدائن، أن يتمسَّك بهذا البطلان.

- والدفع بالبطلان المطلق في وجه المدعي لا يسري عليه حكم التقادم. إلى غير ذلك مما سلَفَ بيانه في نظرية البطلان.

وهذا التوافق التام في النظرين الفقهيين الإسلامي والأجنبي في هذا الشأن ناشىء فيما نرى عن الاتفاق على فكرة أن الباطل معدوم اعتباراً في نظر التشريع. فالنتائج الاعتبارية للعدم بعد ذلك تصبح لوازم عقلية لا تختلف فيها الأنظار، إلا في حدود بعض الأمور المتفرعة الخارجة عن الاعتبار الذاتي في العقد الباطل، وذلك كحدود حماية حق الغير المكتسب بنية حسنة على الشيء بعد العقد الباطل، مثل حق المرتهن من المشتري شراءً باطلاً.

(ر: الموجز في الالتزامات للأستاذ السنهوري، ف/ ١٦٥ ـ ١٧٩).

٣/٥٨ ـ أما البطلان النسبي في الفقه الأجنبي فهو أن ينعقد العقد على حالة من حالات شوائب الإرادة العقدية التي تسمى: عيوب الرضا، كالتدليس والغلط والإكراه. وكذا حالة نقص الأهلية، كما في عقد الصغير المميز، فيكون كل ذلك سبباً لاتصاف العقد عندهم بهذا **البطلان النسبي**.

فالعقد هنا في حالة البطلان النسبي منعقد صحيح وموجب لجميع وجائبه الالتزامية بين العاقدين في نظر التشريع، ولكنه قابل للإبطال بين العاقدين، ما لم يمس هذا الإبطال حقاً قد اكتسبه غيرهما في المعقود عليه.

والفرق بين البطلانين المطلق والنسبي لديهم هو الفرق نفسه بين البطلان المطلق والصحة، سوى هذه القابلية للإبطال. فالعقد في حالة البطلان النسبي يبقى صحيحاً نافذ الآثار إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب الشخص الذي شيبت إرادته بعيب الرضا في ذلك العقد، أي بناء على طلب من كان حق الإبطال لحماية رضاه ومصلحته، كالمشتري المدلس عليه. والعقد بعد ذلك قابل للإجازة، فينبرم نهائياً بإجازته، ويسقط حقه في إبطاله، ولو كانت إجازته ضمنية كما لو قام بتنفيذ العقد طَوْعاً بعد علمه بسبب البطلان.

أما الطرف الآخر فليس له حق طلب الإبطال لأنَّ العقد في حقه لازم. وكذا ليس للقاضي، عند الادعاء لديه بتنفيذ العقد، أن يقرِّر الإبطال من تلقاء نفسه دون طلب صاحب المصلحة، ككل حق خاص لإنسان لا يقضي به دون طلب صاحبه. ومن ثم سمي البطلان: **نسبياً**، لأنه مفروض بالنسبة إلى أحد الطرفين المتعاقدين.

وذلك بخلاف حالة البطلان المطلق: فإنَّ العقد فيها معدوم في الواقع الاعتباري لا يحتج به. فإذا أريد تنفيذه فلكل من يضرُّه التنفيذ أن يتمسَّك بالبطلان. وللقاضي أن يقرره من تلقاء نفسه كما تقدم.

(ر: «الموجز في نظرية الالتزامات» للأستاذ السنهوري ف ١٦٣ ـ ١٦٦/ وكولان وكابيتان droit civil français ج٢ ف/٢٥٩ ـ ٢٦٠).

٥٨/ ٤ ـ نقد هذا التقسيم الأجنبي:

يتضح من ذلك أنَّ البطلان النسبي في الفقه الأجنبي ليس فيه من معنى البطلان شيء لا كثير ولا قليل. بل ليس لحقيقة البطلان فيه ظل. وكل ما فيه إنما هي قابلية الإبطال annulabilité الممنوحة قانوناً لأحد الطرفين صيانةً لحقه الخاص.

ومن الواضح أنَّ مجرد قابلية الإبطال شيء، والبطلان شيء آخر. فلا

يجوز أن يوصف العقد هنا بالبطلان ولو نسبياً، لأنَّ العقد القابل للإبطال صيانة لحق خاص هو عقد قائم كامل الوجود، معتبر من كل الوجوه، منتج لجميع أحكامه. أما قابليته للإبطال حمايةً لأحد الطرفين وصيانة لحقه الخاص فإنما تسلبه قوته الإلزامية فقط، ولا تسمه بالبطلان قط.

أفلا يرى أنَّ قابلية الإبطال للعقد الملزم قد تثبت لأحد الطرفين أو لكليهما بالشرط، كما إذا اشترط أحد المتبايعين حق إلغاء البيع إلى مدة معينة، فإنه يثبت له هذا الحق[1]، ويكون البيع قابلاً للإلغاء بإرادة المشترط دون توقف على قضاء القاضي بالإلغاء، ومع ذلك يعتبر العقد قبل إلغائه صحيحاً من كل وجه. وليس مقبولاً في المنطق الحقوقي وصفه بأي لون من ألوان البطلان. ولم يعدَّ الفقه الأجنبي هذه الحالة من صور البطلان النسبي رغم قابلية الإبطال القائمة في العقد بمقتضى الشرط.

فأي فرق بين سلب القوة الإلزامية عن العقد بمقتضى الشرط، وبين سلبها بحكم القانون لشائبة مفروضة تقديراً في رضا أحد الطرفين، كي يفسح له المجال أن يقرر رضاه بالعقد أو يرفضه إن شاء.

٥٨/ ٥ ـ يتّضح مما سلَفَ أنَّ **البطلان**، بالتعبير الصحيح، لا يكون إلا نوعاً واحداً هو البطلان المطلق، وأنَّ الحالات التي يسمونها البطلان النسبي، ليست من معنى البطلان في شيء، وإنما هي سلب للزوم العقد.

فهذه الحالات بعضها، وهو الناشىء عن نقص الأهلية يعتبر في نظر فقهائنا من قبيل **التوقف أو عدم النفاذ**، فيسمي العقد معه: **موقوفاً**، كما في بيع الصغير المميز فإنه موقوف على إجازة وليه أو وصيه، (ر: ف ٣٨/ ٥) وكذا عقد المستكره (في أحد الآراء الفقهية) فإنه متوقف الأثر على إجازته له بعد زوال الإكراه عنه (ر: ف ٣٤/ ٤ و٥٥/ ٥).

---

(١) وهذا يسمى في فقهنا: «خيار الشرط» كما تقدّم في مناسبات عديدة (ر: ف ٣/ ٧ ثامناً) وفي اصطلاح الفقه الأجنبي يدخل هذا فيما يسمونه: «شرطاً فاسخاً» (ر: ف ٤٤/ ٥).

أما باقي الحالات الناشئة عن سائر عيوب الرضا فتعتبر من قبيل **سلب اللزوم** عن العقود اللازمة، أي من قبيل **التخيير** الثابت في حالات عيوب الرضا للعاقد الذي شيب فيها رضاه.

والعقد في هذه الحالات يوصف بأنه: **مسلوب اللزوم**، أي قابل للإبطال بإرادة الطرف المتضرّر الذي شيب رضاه. فيصبح هذا الطرف مخيَّراً بين الإبطال والإمضاء، كما قدمناه في بحث الإلزام من نظرية العقود (ف ٤٠/٦ ـ ٤٠/١١).

وقد قرَّر فقهاؤنا قديماً في حالات سلب اللزوم جميع الأحكام التي قررها الفقه الأجنبي الحديث فيما يسميه: البطلان النسبي.

أما الفقه الأجنبي فقد خلط في ذلك بين عدم النفاذ وسلب اللزوم، ثم زجَّ الحالتين في **نظرية البطلان**. فأصبح التعبير **بالبطلان النسبي** عن هذه الحالات يتجلى فيه خداع العناوين!! فإذا عرف القارىء ما تحته من حالات يتبين فيه سوء التسمية واختلاط الفكرة.

وقد كان فقهاؤنا في هذه التقاسيم أدق نظراً وتمييزاً، وأصح لغة واصطلاحاً[1].

٥٨/٦ ـ اختلاف ما يسمونه «البطلان النسبي» عن الفساد.

بعد ما سَلَف بيانه نخلص إلى القول بأنَّ نظرية الفساد في فقهنا الإسلامي ليس لها مقابل أصلاً في الفقه الأجنبي. فالبطلان النسبي عندهم

---

(١) يلحظ أنَّ القانون المدني السوري، تبعاً لأصله المصري الجديد، قد استعمل فيه لفظ **قابلية الإبطال** ترجمة حرفية لكلمة: annulabilité بدلاً من البطلان النسبي رغم أنَّ القانونين يعتمدان في الدرجة الأولى الفقه الفرنسي الذي تبنى في الأصل تلك التسمية القانونية الخاطئة.

وقد أشار الأستاذ جمال العطيفي في حواشيه على المذكرة الإيضاحية للأصل المصري تحت المواد /١٣٨ ـ ١٤١/ إلى هذا العدول في التسمية عمداً في المشروع النهائي للقانون. فكأنما لوحظ ذلك الخطأ في اسم «البطلان النسبي» فعدل عنه.

لا يقابل الفساد عندنا. وإنما يقابل حالات **سلب لزوم العقد** كما أشرنا إليه. وهو يختلف عن الفساد في الغاية والأحكام[1]:

أ ـ فمن حيث **الغاية التشريعية** يختلفان اختلافاً أساسياً، لأنَّ نظرية الفساد إنما هي مؤيِّد حام للنظام الشرعي في التعاقد يُقصد به تقسيم طريق البطلان، وإيجاد مرتبة ثالثة بينه وبين الصحة يقف عندها العقد المخالف لنظامه، وذلك للتمييز بين المخالفة الجوهرية الموجبة للبطلان كفقدان ركن العقد، وبين المخالفة الفرعية كجهالة مفضية إلى نزاع مشكل، على ما سلف بيانه.

قال الإمام الكاساني في «البدائع» ٥/ ٢٩٩:

«الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل» اهـ.

أما البطلان النسبي في الاصطلاح الأجنبي ـ أو سلب لزوم العقد في اصطلاحنا ـ فليس مرتبة ثالثة بين الصحة والبطلان[2]، وإنما هو حق في إبطال العقد الصحيح ممنوحٌ لأحد العاقدين حماية له من ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به. وهو موجود في فقهنا إلى جانب نظرية الفساد تحت اسم

---

(١) يقول الأستاذ الدكتور شفيق شحاته:
«إنَّ هذه التفرقة الهامة ـ بين البطلان والفساد ـ هي من مميزات الفقه الحنفي» وهي تختلف اختلافاً تاماً عما هو معروف في القوانين الحديثة بالبطلان المطلق والبطلان النسبي».
(رسالة «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية» ف/١٦٣).

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري الجديد عن قابلية العقد للإبطال في الحالات التي تسمى بالبطلان النسبي:
«إنَّ هذه القابلية يكون للعقد فيها مرحلتان فقط: مرحلة الصحة المنتجة لجميع آثار العقد، وذلك قبل إبطاله، ومرحلة البطلان الماحي لآثار العقد من وقت نشوئه، وذلك بعد إبطاله، فليس ثمة مراحل ثلاث: الصحة، وقابلية البطلان، والبطلان».
(ر: التقنين المدني المصري، للأستاذ جمال الدين العطيفي تحت المواد /١٣٨ ـ ١٤١).

سلب اللزوم، كما بيَّناه. فهو مؤيِّد لحماية حق خاص، لا للنظام التشريعي العام كما في نظرية الفساد.

فالفساد بالجهالة المفسدة مثلاً لا يقصد به حماية أحد العاقدين، بل حماية نظام التعاقد الذي يوجب معلومية محل الالتزام وسائر النواحي التي يتوقَّف عليها تنفيذه ضمن حدود الإرادات المُنْشِئَةِ له.

ب ـ ومن حيث **الأحكام** قد رأينا أنَّ الفساد لا يزول بإجازة الطرفين عند فقهائنا، بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ، ويجوز لكل من الطرفين أن يتمسّك بالفساد فيفسخ العقد، كما يفسخه القاضي أيضاً دون طلب.

وحكم العقد الفاسد، أي أثره، يتأخَّر فلا يثبت إلا بالتنفيذ. والعوض الواجب بالتنفيذ إنما هو **العوض المعادل** أي القيمة أو أجر المثل، لا **العوض المسمى** في العقد الفاسد كما تقدم (ر: ف ٥٦/٢ ـ ٣ و٥٦/٥ ـ ٨).

أما البطلان النسبي في الفقه الأجنبي فنتائجه بعكس ذلك كله كما رأينا.



البَابُ الثّامِنُ
نَظرِيَّةُ الأَهْلِيّةِ وَالولَايَةِ

المخطط الإجمالي لنظرية الأهلية والولاية

١/٥٩ ـ وزعنا فصول نظرية الأهلية والولاية تحت أربعة فروع هي:

الفرع الأول: وفيه الفصل ٥٩ حول مبنى الأهلية وتعريفها وأنواعها.

الفرع الثاني: ويشمل خمسة فصول (٦٠ ـ ٦٤) عن المراحل الخمس لأهلية الإنسان بحسب أطوار حياته وهي: طور الاجتنان، ثم الطفولة، ثم التمييز، ثم البلوغ، ثم الرشد.

الفرع الثالث: وفيه الفصل ٦٥ عن عوارض الأهلية.

الفرع الرابع: وفيه الفصل ٦٦ عن الولاية أو النيابة الشرعية. ثم نختم الباب الثامن بملحقين مهمين:

أولهما: يبين عدداً من المآخذ على عرض الفقه التقليدي لعوارض الأهلية.

وثانيهما: يوضح مزية تركيزنا العلمي لنظرية الأهلية بصورة حلت مشكلاتها.

الفصل التاسع والخمسون

مبنى الأهلية، وتعريفها وأنواعها

المطلب الأول: مبنى الأهلية

٥٩/ ٢ ـ رأينا في بحث شرائط الانعقاد العامة من نظرية العقود أنَّ من تلك الشرائط أهلية العاقد للعقد (ف٣١/ ٢).

ورأينا في بحث البطلان من نظرية المؤيِّدات أنَّ من جملة أسباب بطلان العقد كون العاقد عديم الأهلية اللازمة للانعقاد، كالمجنون والصغير غير المميز (ف ٥٢/ ٢).

وجميع الأفعال والتصرُّفات التي تجري فيها صحة وبطلان كالادعاء بالحق أمام القضاء، وكالإقرار بحق، وكالشهادة على الحق، كل ذلك لا بد فيه من أن يكون الشخص أهلاً لممارسة هذه الأفعال والتصرُّفات وإلا كانت باطلة غير معتبرة، لأنَّ من شرائط صحتها الأهلية.

وكذا العبادات الدينية من صلاة وصيام وغيرهما، فإنها تعتمد في الشخص نوعين من الأهليَّة:

ـ أهليَّة لتصح منه هذه العبادات ولو كان غير مكلَّف بها، فإنَّ العبادات قد تنعقد وتصحُّ من الصغير غير المكلف.

ـ وأهليَّة لتجب عليه هذه العبادات، فيصبح مكلفاً بها مسؤولاً عن تركها.

وكذلك عقوبات الجنايات، فإنها يشترط لاستحقاقها شرعاً وقانوناً أن

يكون الجاني أهلاً لتوجيه هذه التبعة الجزائية عليه تأديباً له وزجراً لغيره. فإن لم يكن الجاني ذا أهلية للمسؤولية الجزائية، كالمجنون والصغير، فإنه لا يستحق العقوبة.

وهكذا نجد الأهلية مطلوبة في كل خطوة يخطوها الإنسان في أفعاله وتصرُّفاته التي تعتمد نتائجها صفات مخصوصة في الفاعل المتصرّف.

٣/٥٩ ـ من هذه الملاحظات يتجلى لنا مبنى الأهلية، فنرى من خلالها:

أ ـ أنَّ الأهلية تقوم على أساس من ضرورة اتصاف الشخص بالصفات التي يقدر الشارع لزوم وجودها فيه ليمكن ثبوت الأحكام الشرعية في حقه، ولتصح منه التصرفات وتترتب نتائجها.

ب ـ وأنَّ هذه الصفات المطلوبة تكون في كل موضوع بحسب ما يناسبه.

وقد يشترط في الشخص لبعض الأفعال أو التصرُّفات أهلية بحدود تختلف عما يشترط فيه لأفعال أو تصرفات أخرى. فالأهلية التي تشترط في الشخص لصحة قبوله ما يوهب له من غيره تختلف عن الأهلية التي تشترط لكي تصح منه هبته وسائر تبرعاته[1].

فما هي هذه الأهلية بمعناها العام في الاعتبار التشريعي واصطلاحه؟ ثم ما هي أنواعها وآثارها. هذا ما سنراه فيما يلي:

المطلب الثاني: تعريف الأهلية

٤/٥٩ ـ الأهلية من خصائص الأشخاص. وهي في اللغة تستعمل

---

(١) سنرى أنَّ أهلية الشخص لصحة قبول الهبة يكفي فيها أن يكون مميزاً، أي واعياً. أما أهليته لأن يهب أو يتبرع فيشترط فيها أن يكون بالغاً راشداً، لأنَّ الهبة ضررٌ مالي محض في حقه (ر: ف ٦٢/٦ و٦٢/٨).

بمعنى الجدارة والكفاية لأمرٍ من الأمور؛ يقال؛ فلان أهل للرئاسة أي هو جدير بها، وفلان أهل للعظائم، أي هو كفيٌّ لها.

وفي الاصطلاح الفقهي يمكن تعريف الأهلية في مفهومها العام الشامل بأنها: **صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطابٍ تشريعي.**

٥/٥٩ ـ تحليل التعريف:

١ ـ أهليّات الأشخاص صفات تكاملية، لأنها بحسب الإيضاح السالف البيان هي مراحل التكامل الإنساني، جسماً وعقلاً[(١)]. فبهذا التكامل التدريجي يتهيأ الشخص أولاً لثبوت الحقوق له، ثم لثبوت الحقوق عليه، ثم لصحة بعض التصرُّفات والمعاملات؛ ثم في النهاية يتهيأ للمسؤولية عن الإخلال بكل ما يوجبه التشريع، وعن الالتزامات التي يلتزمها بإرادته ويتعهد بها، إذ تكمل أهليته بوصوله إلى مرحلة الرشد.

فهذا التكامل الإنساني الذي يتبعه كالظل تكامل الأهلية التدريجي إنما هو كفاية ولياقة، أي أنه **صفة وقابلية** في الشخص، كما جاء في التعريف، تنمو وتتسع تدريجياً كسائر مواهبه الفطرية ومداركه.

٢ ـ وهذه القابلية إنما يعود إلى الشارع نفسه أمر تقديرها وتعيين درجاتها تبعاً لمراحل التكامل في الشخص، ولسلامته من الآفات؛ لأن الشارع هو الحاكم المتكلم على الناس أمراً ونهياً بما يصلحهم ويصون

(١) للأهلية بمعناها العام في نظر الفقه الإسلامي علاقة بالتكامل الجسمي لا بالعقلي فقط، لأنَّ في الإسلام تكاليف دينية عملية تتطلب القدرة البدنية إلى جانب الوعي العقلي؛ كالعبادات بأنواعها من صلاةٍ وصيام وغيرهما، وكسائر الواجبات العملية الكفائية كالجهاد مثلاً. فلا يتوجه التكليف الشرعي بشيء من ذلك على أحد إلا إذا كان متمتعاً بالقدرة الجسمية إلى جانب العنصر العقلي، ليكون أهلاً لتحمل التكاليف.

حقوق أفرادهم وجماعتهم بتلك الأحكام التي يشرعها لهم. فإليه يعود تقدير كفاءة كل من الناس لكل من تلك الأحكام.

ولذا جاء في التعريف أنها: «**يقدرها الشارع**».

٣ ـ والمراد بالخطاب التشريعي: **الحكم الشرعي**، فهما مترادفان في اصطلاح علم أصول الفقه. فما يشرعه الشارع، سواء أكان من قسم العبادات الدينية كالصلاة والصيام، أو من قسم الالتزامات والحقوق المدنية كوجوب تنفيذ العقود، وضمان المتلفات، وثبوت ملكية الممتلكات عند وجود سبب من أسباب التملك، ووجوب النفقة بشرائطها بين الأزواج والأقارب، كل ذلك وأمثاله يسمى: **أحكاماً شرعية**، باعتبار أنَّ الشارع قد حكم بها على الناس وأوجب تطبيقها بينهم. ويسمى أيضاً **خطاباً تشريعياً**، باعتبار أنَّ الشارع في تشريعه إنما يخاطب الناس بهذه الأحكام آمراً وناهياً، ويلزمهم بتنفيذها واحترامها (ر: أصول الفقه للخضري ص٢١ الطبعة الأولى).

٤ ـ وإذا كانت أهلية الإنسان مراحل ودرجات بحسب تكامله وسلامته من الآفات الجسمية والعقلية كما أشرنا إليه آنفاً، وهو في كل مرحلة أهل لبعض الأحكام أو التبعات دون بعض، لذلك أوردنا في تعريف الأهلية بمفهومها العام لفظ **الخطاب التشريعي** بالتنكير ليشمل أدنى الأهليات لأقل الأحكام، كأهلية الجنين على ما سنرى.

المطلب الثالث: أنواع الأهلية

٦/٥٩ ـ إنَّ الأهلية بمعناها العام الشامل المشروح تنقسم إلى نوعين أساسيين هما: **أهلية الوجوب، وأهلية الأداء**.

وسنشرح فيما يلي هذين النوعين، كما نقسم أفعال الناس إلى أنواع بحسب ارتباط كل نوع من أفعالهم بأحد نوعي الأهلية:

أولاً: أهلية الوجوب

٧/٥٩ ـ فأهلية الوجوب هي: **صلاحية الشخص للإلزام والالتزام.**

والمراد بالإلزام ثبوت الحقوق له. وذلك كاستحقاقه قيمة المتلَفات من أمواله على من يتلفها. وكانتقال الملكية له فيما يشتريه أو ما يقترضه، وكوجوب نفقته على غيره إن كان هو فقيراً عاجزاً.

والمراد بالالتزام ثبوت الحقوق عليه، كالتزامه بأداء ثمن ما يشتري، وبدل القرض من ماله، وكالتزامه بنفقة من تجب عليه نفقتهم من أقاربه الفقراء العاجزين إن كان هو غنياً، إلخ...

فكل أهلية يطلبها الشارع في الشخص لأجل نشوء حق له أو ترتب التزام عليه هي أهلية وجوب.

٨/٥٩ ـ مناط أهلية الوجوب:

وأهلية الوجوب هذه في نظر الشرع الإسلامي مناطها **الصفة الإنسانية** ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، بل كل إنسان في أي طور كان أو صفة، حتى الجنين والمجنون، يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب هذه: ولكن أهلية الوجوب فيه قد تكون كاملة أو ناقصة:

أ ـ فإذا كان أهلاً لثبوت بعض الحقوق له فقط وليس بأهل لترتب الالتزامات عليه فهو ذو أهلية وجوب ناقصة، كالحمل في بطن أمه قبل أن يولد، كما سيأتي تفصيله.

ب ـ وإذا كان أهلاً فوق ذلك لترتّب الالتزامات المالية عليه أيضاً فهو ذو أهلية وجوب كاملة، كالصغير غير المميز والمجنون على ما يأتي تفصيله.

٩/٥٩ ـ عناصر أهلية الوجوب:

فأهلية الوجوب ذات عنصرين:

أ ـ أولهما: العنصر المؤهّل للدائنيه، أي **الإلزام**. وهو يؤهل الشخص لأن يكون دائناً، بحيث تثبت الحقوق له، (وإن كان غير صالح لأن يثبت عليه حق ما). ومثاله أهلية الجنين في بطن أمه، وهي أهلية ناقصة كما بينا.

ب ـ وثانيهما: العنصر المؤهل للمديونية أيضاً، أي الالتزام، وهو يؤهل الشخص لأن يكون مديناً كما يكون دائناً، فيمكن أن تثبت الحقوق له وعليه بأسبابها المشروعة. وبهذا العنصر الثاني تكمل أهلية الوجوب في الشخص. ومثاله أهلية الإنسان بعد ولادته حياً كما سنرى.

٥٩/ ١٠ ـ أهلية الوجوب، والذمة:

انَّ ذلك العنصر الثاني في أهلية الوجوب، وهو العنصر الذي يؤهِّلُ الشخص للمديونية، يستتبع وجودَ شيءٍ آخر يقدّر شرعاً في شخصية الإنسان يسمى: «الذِمّة»[1].

وهذه الذمّة هي كوعاء اعتباري يقدّر تكونه في الشخص لتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتَّب عليه، لأنه متى أصبح الشخص قابلاً للمديونية احتيج إلى تقدير مقرّ اعتباري في شخصه لاستقرار الديون التي عليه. فهذا المقر المقدَّر هو: **الذمّة**، وهو المقصود في مثل قولهم: إنَّ لفلان في **ذمّة فلان** مبلغ كذا من المال.

وسنرى في الجزء التالي الثالث من هذه السلسلة الفقهية تفصيل نظرية الذمة، والسبب التشريعي الداعي إلى تقديرها في الشخص، ومقارنتها بنظرية الذمّة المالية في الفقة الأجنبي.

ثانياً: أهلية الأداء

٥٩/ ١١ ـ وأما أهلية الأداء فهي: **صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل.**

---

(١) الذمّة: بكسر الذال المعجمة وتشديد الميم، جمعها ذِمم.

وقد قدمنا في بحث البطلان من نظرية المؤيدات الشرعية (ف ٣/٥١) أنَّ الأفعال الحسيَّة ذات الآثار الاعتبارية تتوقف آثارها ونتائجها الشرعية على وجودها الاعتباري في نظر الشارع، ولا يكفي وجودها الحسّي لترتب هذه الآثار. ومن ذلك جميع التصرُّفات المدنية.

فهذه الأفعال كلها سواء أكانت عبادات دينية كالصلاة والصيام، أو كانت تصرفات مدنية كالعقود، لا يمكن إسباغ هذا الاعتبار عليها من الشارع مالم يكن لدى فاعلها من التعقل والإدراك نصيب يكون به قادراً على أن يفهم نتائجها إجمالاً، أي أن يتوافر لديه أدنى حد كاف من الفهم لتكون ممارسته لها عن قصد صحيح معتبر.

١٢/٥٩ ـ يتَّضح من ذلك أنَّ **أهلية الأداء** هذه لا وجود لها في الطفل قبل أن يصير مميزاً قادراً على فهم الخطاب التشريعي إجمالاً، وعلى القيام ببعض الأعباء. (ر: رسالة الأهلية وعوارضها للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك ص/٤).

وهذا على خلاف الحال في **أهلية الوجوب** فإنها لا يعتريها العدم في الشخص أصلاً، لما قدَّمنا من أن هذه الأهلية ملازمة للصفة الإنسانية في الوجود، حتى إنها لتثبت للجنين في بطن أمه وإن كانت فيه ناقصة. وذلك لأنها **ليست أساساً لممارسة الأفعال** وتحمُّل مسؤولياتها ونتائجها، بل هي أساس لثبوت الحقوق للأشخاص وعليهم. والحمل في بطن أمه قد اتفقت الشرائع الإلهية والوضعية على إثبات بعض الحقوق له. فهو إذن متمتع بأهلية وجوب ولو ناقصة كما تقدَّم.

أما أهلية الأداء فإنها أساس لممارسة الأعمال والتصرُّفات الشرعية كما أوضحنا. وهذه الأعمال والتصرُّفات تعتمد قصد الفاعل وإرادته، فلا بد في ممارستها من عنصر التمييز والتعقل.

فتبدأ أهلية الأداء في الإنسان متى أصبح مميزاً، ولكنها تكون فيه قاصرة كما سيأتي بيانه. ثم تتم بتمام قدرته جسماً وعقلاً، وذلك ببلوغه ثم

رشده، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق.

ثالثاً: تقسيم الأفعال بالنسبة إلى الأهليّات

١٣/٥٩ ـ بناء على ما تقدَّم تنقسم الأفعال التي تصدر عن الإنسان وتترتب عليها آثار ونتائج شرعية، من حيث علاقتها بالأهلية إلى نوعين:

١ ـ أفعال لا يشترط في فاعلها العقل، بل يرتبط فيها الأثر بمجرد الفعل ارتباطاً مادياً محضاً كارتباط المسببات بأسبابها الطبيعية. وذلك كالفعل الضار من حيث سببيته الشرعية لضمان الضرر الحاصل به.

وأمثال هذه الأفعال تعتمد في الفاعل **أهلية الوجوب** فقط لتحمل نتائجها المالية.

وهذه الأهلية تصير كاملة في الإنسان منذ ولادته، وهو بها صالح للالتزامات عند تحقق أسبابها كما تقدَّم.

فلو أتلف المجنون أو الطفل غير المميز مالاً لغيره، أو أحدث فيه عيباً فإنه يضمنه، أي يصبح ملتزماً بتعويض ما أتلف أو عيَّب.

٢ ـ وأفعال يشترط في فاعلها العقل والتفهم كي يعتد بها وتترتَّب عليها آثارها ونتائجها الشرعية، لأنَّ لنتائجها ارتباطاً بالمقاصد والإرادات، وواضح أنه لا اعتبار للإرادة والقصد بلا عقل وإدراك.

وأمثال هذه الأفعال جميعاً تعتمد **أهلية الأداء** في الفاعل لكي يعتد بها، من حيث أنَّ لنتائجها ذلك الارتباط بالمقاصد والعقل.

فمن هذا القبيل جميع العقود، وسائر التصرفات المدنية[1] من قولية وفعلية، كتسلم المبيع أو قبض الثمن، فإنهما لا يصحان من الطفل غير المميز، وكإحراز المباحات العامة، فإنَّ الطفل غير المميَّز لا يملك ما يقع

---

(١) المراد بالتصرُّفات المدنية التصرفات التي شرعت إما لإنشاء حق أو التزام كما في العقود وإحراز المباحات؛ وإما لتنفيذ التزام كما في تسليم المبيع وقبض الثمن.

في يده منها[١]، إلخ...

ومن هذا القبيل أيضاً جميع العبادات الدينية من صلاة وصيام وحج وغيرها.

ثم إنَّ هذه الأفعال من حيث درجة الأهلية المطلوبة فيها نوعان:

أ ـ فمنها ما يشترط له كمال أهلية الأداء بأن يكون الفاعل بالغاً راشداً، وذلك كالتبرُّعات المالية من هبة ووقف ونحوهما، لأنها خسارة مالية محضة في حق الفاعل، فيجب لصحة ممارسته لها أن يكون متمتعاً بكمال أهليته احتياطاً في صيانة أمواله وحقوقه.

ب ـ ومنها ما يكفي فيه أهلية أداء قاصرة؛ بأن يكون الفاعل مميزاً، أي واعياً، كما في العبادات الدينية وبعض العقود والتصرُّفات المدنية؛ فإذا فعلها الصغير المميِّز تصحُّ منه.

وتفصيل ذلك في الفصول التالية ٦٠ ـ ٦٤.

(١) بخلاف الصغير المميّز، فإنه يملك ما يحرزه من المباحات عن قصد كالكبير الراشد (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم في أحكام الصبيان ٢/١٤٥).

مراحل أهلية الإنسان بحسب أطوار حياته

تمهيد للفصول ٦٠ ـ ٦٤ التالية

٦٠/ ١ ـ يتبيَّن مما أسلفنا بيانه أنَّ لأهلية الإنسان مراحل تمرُّ بها في طريقها إلى التكامل بحسب أطوار حياته: منذ اجتنانه[١] حتى احتلامه فرشده. فالأهلية ترافق حياته كلها، وتمرُّ في التكامل بأطوار تساير أطواره: فتبدأ أهلية وجوب ناقصة، ثم تنتهي إلى أهلية أداء كاملة، لأنَّ مراحل الأهلية مستمدة أولاً من إنسانيته وما يتبعها من حقوق، ثم من مواهبه العقلية وما تورثه من استعدادات.

لكن يلحظ في هذا المقام أنَّ الإنسان إذا كانت ملكاته العقلية ومواهبه تزداد مع نمو جسمه سنة فسنة وشهراً فشهراً، فإنَّ أهليته التي يمنحه إياها الشرع لا تتَّسع دائرتها كذلك سنة فسنة وشهراً فشهراً، وإنما تتَّسع وتنتقل من طور إلى طور في المراحل والمحطات الأساسية من أطوار حياة الإنسان. ذلك لأن التنقل والتبدل السريع في الأهلية وخصائصها ليس مستحسناً لأنه تضطرب به المعاملات. فوجب، بالنسبة إلى الأهليات، أن لا يعتد بالفوارق اليسيرة في التكامل المستمر الذي تسير فيه مواهب الإنسان الناشىء، وأن لا تنتقل أهليته من حد إلى حد مختلف عنه في الخصائص إلا في المحطات الرئيسية من أطوار نشأته.

٦٠/ ٢ ـ ومن ثم تقسم نشأة الإنسان إلى خمسة أطوار أساسية: **طور الاجتنان، وطور الطفولة، وطور التمييز، وطور البلوغ، وطور الرشد.**

ومراحل التكامل في أهلية الإنسان توزع على هذه الأطوار، بحسب دلائل أحكام الشريعة.

---

(١) أي تكوينه جنيناً في بطن أمه (ر: القاموس المحيط، مادة «عقل»).

الفصل الستون

الطور الأول للأهلية: طور الاجتنان[1]

٦٠/٣ ـ هذا الطور هو الذي يكون فيه الإنسان جنيناً، أي حملاً في رَحِم أمه. وهو يمتد منذ العلوق إلى الولادة.

وفي هذا الطَّور أثبت الفقه للحمل في بطن أمه أهلية وجوب ناقصة تجعله قابلاً للإلزام فقط دون الالتزام. فتثبت بعض الحقوق الضرورية له، ولا يثبت شيء عليه.

ويعلل الفقهاء والأصوليون ذلك بأنَّ الجنين ليس له وجود مستقل من كل وجه، بل يشبه أن يكون جزءاً من أمه كأنه عضو من أعضائها تابع لها، ولذا لو بيعت دابَّة حامل دخل حملها في البيع دون تصريح به. وهو من وجه آخر يمكن أن يعتبر مستقلاً عن أمه لأن له حياة خاصة، وهو يتهيأ لأن ينفصل عنها بعد حين، ويصبح إنساناً مستقلاً[2].

فلذا اقتصرت أهلية الحمل على الحقوق الضرورية له، ولاسيما أنه ربما لا يخرج إلى الدنيا حياً، فلا حاجة إلى التوسع في منحه حقوقاً وربطه

---

(١) الفقهاء والأصوليون في هذا المقام يعبرون بلفظ «الحَمْل» ولا يستعملون لفظ «الاجتنان».

وقد رجحنا إحياء هذا اللفظ المشتق اشتقاقاً مباشراً من «الجنين» وأن نستعمله في موقعه هنا لما يمتاز به من حُسن الدلالة على الطور الطبيعي مع غاية الإيجاز. فهو أفضل من لفظ «الحمل» الذي معناه الجنين نفسه لا طوره.

(٢) ر: «كشف الأسرار شرح أصول البزدوي» ٢٣٩/٤، وشرح المنار لابن ملك ص/ ٣٣٤، وآخر القاعدة /٨٤/ من قواعد ابن رجب الحنبلي ص/١٧٧).

بالتزامات تكون كلها عرضة للانتقاض إذا لم يكتب له استمرار الحياة حتى الولادة.

٦٠/ ٤ ـ الحقوق الضرورية التي تثبت للجنين:

وقد اتفقت المذاهب الاجتهادية على أهلية الحمل لحقوق أربعة تثبت له، وهي:

١ ـ النسب من أبيه وأمه ومن يتَّصل بهم بواسطتهما.

٢ ـ الإرث ممن يموت من مورثيه لأنه متفرِّع عن النسب. فيوقف للحمل من تركة مورثه أكبر النصيبين على تقدير كون الحمل ذكراً أو أنثى[١].

٣ ـ استحقاق ما يوصى له به.

٤ ـ استحقاق ما يوقف عليه.

لأنَّ كلاً من الوصية والوقف يجوز شرعاً لمن سيوجد، فيجوز لحمل معين موجود بطريق الأولوية.

ولا أهلية للحمل في استحقاق ما سوى هذه الحقوق الأربعة: فلا تجوز الهبة له. ولو اشترى له أبوه أو غيره شيئاً لا يملكه الحمل[٢] لعدم

---

(١) اختلفت الاجتهادات في مقدار ما يوقف للحمل من ميراث مورثه: فبعضها يوجب أن يوقف له نصيب أربعة أشخاص لاحتمال تعدده؛ وبعضها يرى وقف نصيب اثنين. والراجح في الاجتهاد الحنفي أنه يوقف للحمل أكبر نصيب واحد على تقدير كونه ذكراً أو أنثى، لأنَّ تعدده نادر. فإذا جاء أكثر من واحد يرجع على الورثة بحصته (ر: السراجية وشرحها، فصل الحمل).
ومثال كون حصَّة الحمل الأنثى أكثر من الذكر مالو مات الشخص عن زوجة وأب وأم وبنت وعن زوجة ابن حبلى. فعلى تقدير كون الحمل هنا أنثى تكون حصتها سدس التركة؛ وعلى تقدير كونه ذكراً تكون حصته هي الباقي بعد ذوي الفروض، لأنه من العَصَبات، وإن الباقي في هذه الصورة أقل من السدس.

(٢) ر: «كشف الأسرار» شرح أصول فخر الإسلام البزدوي ٢٣٩/٤، وحاشية الحموي على «الأشباه والنظائر» لابن نجيم، الفن الثالث ص/٢٠٢).

الضرورة، ولأنَّ الشراء له سيلزمه بالثمن وهو غير أهل للالتزام[١].

٦٠/ ٥ ـ ويلاحظ أن ما يحجز للجنين من الميراث أو الوصية أو غِلَّة الوقف ليس للجنين فيه ملكية نافذة، بل متوقفة على ولادته حياً[٢]. فإذا ولد ميتاً لا يثبت له شيء من تلك الحقوق المتوقفة، فتردُّ غلة الوقف الموقوف عليه إلى سواه من المستحقين، ويردّ الميراث المحجوز لأجله إلى ورثة مورِّثه الآخرين، ويردُّ ما أوصي له به إلى ورثة الموصي.

وإذا ولد الجنين حياً ولو تقديراً[٣] تثبت ملكيته في هذه الحقوق مستندة إلى وقت سببها السابق، أي بأثر رجعي.

---

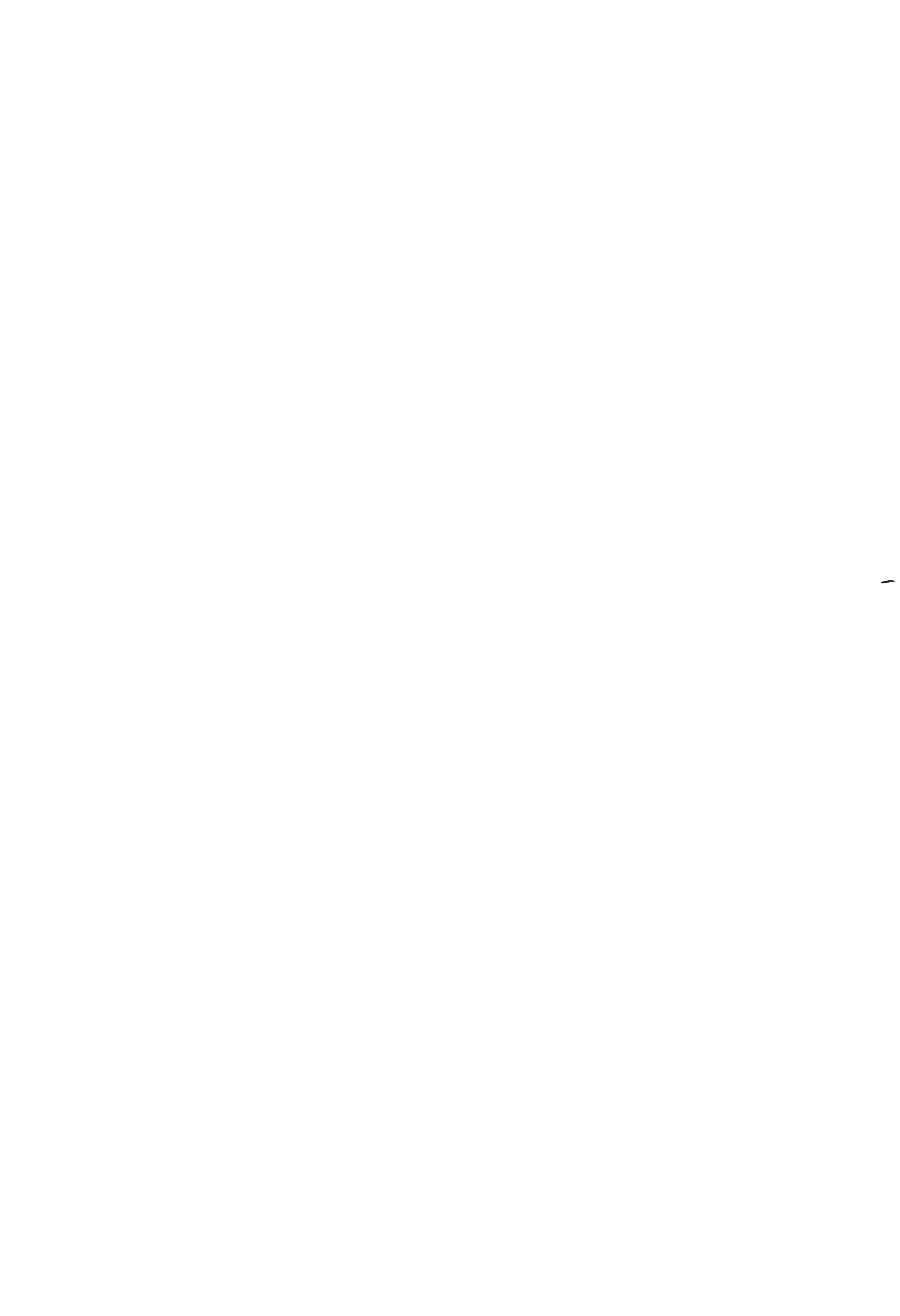
(١) ومن ثم يصرِّح فقهاؤنا «أنَّ الحمل لا ذمَّة له» (ر: كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام البزدوي ٤/٢٣٧)، وذلك لأنَّ الذمة وعاء اعتباري لاستقرار الحقوق التي على الشخص كما أسلفنا الإشارة إليه (ر: ف ٥٩/ ١٠) فلا حاجة إلى تقديرها فيه قبل أن يصبح أهلاً للالتزامات. وسيأتي لذلك مزيد إيضاح في بحث نظرية الذمة من الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية.

(٢) وفي الاجتهاد الحنبلي يُعتبر ملك الجنين نافذاً في الميراث منذ وفاة مورثه. وقد فرَّعوا على ذلك أنَّ المرأة الحامل وأقارب حملها المستحقين للنفقة ينفق عليهم من ميراث الحمل وسائر أمواله إن كان له مال، وهذا منقول عن الإمام أحمد نفسه (ر: القواعد لابن رجب الحنبلي تحت القاعدة /٨٤/ ص/١٨١ الطبعة الأولى بمطبعة الصدق بالقاهرة).

وهذا يفيد أيضاً أنَّ للحمل في الاجتهاد الحنبلي أهليةً للالتزام وذمة.

(٣) تكون حياة الحمل تقديرية إذا أسقط بجناية على أمه، كما لو ضرب أحد امرأة حبلى فأسقطت من الضرب جنيناً ميتاً، فإنَّ هذا الجنين يعتبر حياً حكماً، وأنه مات بفعل الجاني. فيلتزم الجاني بدية الجنين التي تسمى: «غُرّة» وقدرها خمسمائة درهم (تساوي خمسين ديناراً كل عشرة بدينار) تعطى لورثة الجنين، كما يثبت حق الجنين في ميراث مورثه الذي مات قبلاً، فيعطى نصيب الجنين من الميراث لورثته هو ولا يعاد لورثة مورثه. (ر: الدر المختار، فصل الجنين من كتاب الديات ٥/٣٧٧ ـ ٣٧٨).

وزنة الدينار مثقال من الذهب، (وزنة المثقال اليوم ٤,٢٥ غراماً). ويعتبر هذا المعيار في جميع الوجائب المالية من دينية ومدنية (ر: رد المحتار باب زكاة المال ٢/ ٢٩).



الفصل الحادي والستون

الطور الثاني للأهلية: طور الطفولة

٦١/ ١ ـ ويمتدُّ هذا الطور في الإنسان من حين أن تلده أمه حتى يصبح مميزاً.

والمراد بتمييزه أن يصير له وعيٌ وإدراك يفهمُ به الخطاب التشريعي إجمالاً، فيدرك معاني الأعمال الدينية والمعاملات المدنية، ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق والالتزامات ولو بصورة بسيطة مجملة، فيعرف فرق البيع عن الشراء، ويفهم تعادل القيم وتفاوتها.

فالطفل في طور طفولته قبل أن يصل إلى هذا الوعي والتمييز يعتبر ويسمى: **غير مميّز**، وإن كان له إدراك وتمييز في كثير من الأمور الطبيعية.

٦١/ ٢ ـ إنَّ مما لا ريب فيه أنَّ خروج الجنين إلى الدنيا بالولادة ينتقل فيه الإنسان من طَوْر إلى طور أساسيين في حياته وقابلياته: فهو ينتقل من طور هو فيه كجزء تابع لأمه في الحياة إلى طور هو فيه ذو وجود مستقل، وقابليات طبيعية لم تكن له من قبل.

وبذلك وجب أن تتَّسع أهليته وتدخل في مرحلة أكمل. ولكنها إنما يمكن أن تتسع في نطاق أهلية الوجوب ولا يمكن أن تمتد إلى دائرة أهلية الأداء، لأنَّ الوعي مفقود فيه، فيظل الطفل فاقداً في هذا الطور أهلية الأداء، لأنَّ أهلية الأداء إنما تؤهِّله لأعمال دينية أو مدنية تعتمد التعقل، والطفل لا يعي هذه الأعمال أصلاً في مبدأ هذا الطور، ولا يفهمها فهماً كافياً في أواخره.

٦١/ ٣ ـ ولفقدان أهلية الأداء في الطفل غير المميّز لا يعتد بشيء من التصرُّفات الإنشائية يباشره بنفسه من أقوال أو أفعال.

أ ـ فأقواله كلها هدر لا يترتب عليها حكم؛ وعقوده باطلة، لأنَّ عبارته غير معتبرة شرعاً في إيجاب أو قبول أو إقرار أو إبراء أو غير ذلك. حتى إنه لو كان تصرُّفه نفعاً محضاً له كقبوله الهبة أو الصدقة لا يصحُّ منه، بل ينوب عنه نائبه الشرعي من وليّ أو وصيّ في مباشرة جميع العقود والتصرُّفات المدنية التي يحتاج إليها. (ر: الأحوال الشخصية لقدري باشا م/ ٤٨٣).

ب ـ وأفعاله كذلك سواء أكانت دينية كالصلاة والصيام، أو مدنية كقبض المبيع أو الوديعة أو القرض، كلها غير معتبرة. فلو اشترى له وليُّه أو وصيُّه شيئاً فسلمه البائع إلى الطفل لا يعتبر تسلمه: فلو هلك في يد الطفل يهلك على حساب البائع كما لو هلك عند البائع قبل التسليم (ر: الأحوال الشخصية أيضاً م/ ٤٨٨)[١].

وكذلك ما لو غَصَب مال الطفل غاصب، ثم رده إلى الطفل نفسه، فإنَّ الغاصب لا يبرأ عن ضمان قيمة المال إذا هَلَكَ، لأنَّ تسلم الطفل لماله باطلٌ غير معتبر.

ج ـ وإذا جَنَى الطفل جنايةً ولو قتلاً لا يعتبر فعله إجراماً، فلا يستحق العقوبة، حتى إنه لو كان القتيل مورثه لا يحرم الطفل القاتل من ميراثه لسقوط المؤاخذة عنه[٢].

٦١/ ٤ ـ أما أهلية الوجوب فتكمل في الطفل بعنصريها[٣] **منذ ولادته** فيصبح أهلاً لثبوت الحقوق والالتزامات له وعليه، بعد أن كانت هذه الأهلية لديه في طور اجتنانه قبل ولادته ناقصة كما تقدم. (ر: ف ٦٠/ ٣).

وعلى هذا الأساس يملك الطفل منذ ولادته ما يشترى له أو يوهب،

---

(١) بخلاف ما لو أتلف الطفل من تلقاء نفسه مال غيره دون تسليم أو تسليط من المالك، فإنه عندئذ يضمنه كما سنرى لأنه جناية على مال الغير.

(٢) فالجناية لا تكون سبباً شرعياً لاستحقاق العقوبة إلا بما فيها من صفة الإجرام الذي هو تمرد على النظام العام. ومن شرائط اتصاف الجاني بصفة الإجرام تمام عقله، وذلك بالبلوغ، لأنَّ العقل أساس المؤاخذة العقابية على عدم الطاعة.

(٣) وهما قابلية الدائنية وقابلية المديونية، أو الإلزام والالتزام (ر: ف ٥٩/ ٩).

ويعقد وليه أو وصيه بالنيابة عنه سائر العقود من بيع وقرض ورهن وإجارة وصلح وقسمة وغيرها بشرائطها الشرعية، وتترتب نتائجها لحساب الطفل، وتثبت عليه سائر الالتزامات بأسبابها الشرعية.

٦١/ ٥ ـ أنواع الالتزامات التي يعتبر الطفل أهلاً لها:

وإجمالاً، يجب على الطفل من الالتزامات والوجائب المالية كل ما يدخل في الأنواع الثلاثة التالية:

النوع الأول: الأعواض المالية، وهي كل ما يكون في مقابل حق للغير، كثمن ما يشترى للطفل وأجرة ما يستأجر له.

ومن هذا القبيل قيمة ما يتلفه الطفل من مال غيره ولو دون وعي منه، لأنها عوض عما أتلفه من المال المعصوم (ر: م/٩١٦/ ، والأحوال الشخصية لقدري باشا م/٤٨٧).

وكذلك تعويض ضرر الجناية من دِيَة أو أَرْش[1] إذا جنى الطفل على النفس فما دونها.

ففقدان الوعي أو نقصانه في الطفل إنما يمنع مؤاخذته بالعقوبة البدنية كما تقدم، ولكنه لا يسقط حقوق غيره الناشئة عن عصمة أنفسهم وأموالهم، لأن الالتزام بحقوق الغير إنما يعتمد كمال أهلية الوجوب في الملتزم، وهذه الأهلية في الطفل كاملة[2] (ر: ف ٥٩/٨).

---

(١) الدِيَة: (بكسر الدال) هي العوض المالي المحدد شرعاً للنفس المجني عليها. والأَرْش (بفتح فسكون) هو العوض المحدَّد شرعاً لما دون النفس.

فإذا كانت الجناية على ما دون النفس لا تحديد لعوضها، بل هو مفوّض شرعاً إلى القضاء يحدده بمعرفة الخبراء العدول في كل جناية بحسبها كما في الكسر أو الرض، فالعوض يسمى: «**حكومة العدل**»؛ وقد يسمى أيضاً «**أرشاً**» (ر: ف ٨/٢٣، ورد المحتار أول كتاب الديات ج/٥).

(٢) ومما يلحق بالأعواض في نظر الفقهاء نفقة الزوجة، لأنها إنما تستحقها على الرجل لقاء احتباسها وتفرغها لواجبات الزوجية، ولذا يلزم بها الزوج ولو كان فقيراً وهي غنية، بخلاف نفقة الأقارب، فإنها ليست من الأعواض، بل هي صلة من قبيل المؤونة الاجتماعية، كما سنرى قريباً.

٦١/ ٦ ـ وعلى هذا يجب التمييز في ضمان الأفعال التي يباشرها الطفل بين الأفعال الجنائية التي يجني بها على حق أو نفس، وبين الأفعال المدنية:

فأما الأفعال الجنائية كأخذ الطفل من تلقاء نفسه مال الغير أو إتلافه فهي مضمونة عليه، لأنَّ الأفعال الجنائية لا تتوقف سببيتها للضمان على أهلية الأداء، بل على أهلية الوجوب فقط.

وأما الأفعال المدنية كتسلم مبيع أو قرض أو وديعة سلمها إليه صاحبها بناء على عقد، فإنها تعتبر من الطفل باطلة، وإذا أتلف الطفل فيها ما تسلمه لا يضمنه، لأنَّ المالك هو المفرط المسلِّط للطفل على إتلافها بتسليمه إياها[١].

وهذا هو مراد الفقهاء في قولهم: **إنَّ الحجر يقع على الأقوال** دون الأفعال، ويفرِّعون عليه أنَّ أقوال الطفل وعقوده باطلة مهدَرة، أما أفعاله فتوجب عليه الضمان (ر: م/ ٩٤١ والدر المختار كتاب الحجر ٥/ ٨٩ و٩١)، فإن مقصودهم هو أفعال الطفل الجنائية، أما الأفعال المدنية، فإنها تخضع لقاعدة الصحة والبطلان كما تقدَّم في بحث البطلان (ر: ف ٥١/ ٥)، فالطفل غير مسؤول فيها بالضمان بدليل هذه الأحكام التي نقلناها في إتلافه لما سلم إليه عن بيع أو إقراض أو استعارة إلخ...

٦١/ ٧ ـ وبما أنَّ **الذمَّة** تبع لأهلية الالتزام، لأنها مقر مقدر في الشخص لاستقرار الديون التي تثبت عليه، لذلك يصبح الطفل منذ ولادته ـ أي منذ كمال أهلية الوجوب فيه ـ ذا ذمّة تتعلَّق بها جميع الديون التي تتحقق عليه في تلك الالتزامات، بينما أنه لم تكن له ذمة في طور اجتنانه قبل الولادة، كما سبقت الإشارة إليه[٢] /ف ٥٩/ ١٠).

---

(١) وعلى هذا لو كان المودع أيضاً طفلاً كالوديع، فأتلف الطفل الوديع الوديعة يضمنها لعدم صحة التسليط من الطفل المودع، فبقي الإتلاف وحده جناية من الطفل على مال غيره فتوجب الضمان (ر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، الفن الثاني، كتاب الحجر ج٢ ص ٧٨ ـ ٧٩).

(٢) قد يتوهم أنَّ هذا دليل على أن الجنين في طور اجتنانه قبل الولادة ليس له شخصية، لأن الشخصية من لوازمها الذمة. فإذا لم تكن للجنين ذمّة فليست له شخصية. وهذا ما عليه بعض =

النوع الثاني: الضرائب المطروحة على الأموال، كعشر الزرع وخراج الأرض.

ومن هذا القبيل اليوم ضريبة الأبنية، وضريبة الدخل، والمكوس (الجمارك) وأمثالها. فكل ذلك مما يخضع له الطفل، لأنَّ هذه الحقوق العامة التي تطرح على الأموال وتغذي بيت المال، يتساوى في أسبابها وعلل إيجابها الطفل وغيره.

النوع الثالث: المؤونات الاجتماعية المنوطة بالغنى، كنفقة الأقارب من آباء وإخوة ونحوهم، فإنَّ هذه النفقة صلة فيها معنى المؤونة التي يقتضيها نظام المجتمع. فإنه يوجب تضامن الأسرة فيما يصون الحياة. فلذا أوجب الشرع النفقةَ لفقراء الأسرة على أغنيائها في درجات وحدود وشرائط معينة، واعتبر هذه النفقة كنفقة الإنسان على نفسه، لتستقيم الحال؛ ومن الواضح أنَّ الصغير والكبير من الأغنياء هما في علة هذا الحكم سواء.

٨/٦١ ـ أما زكاة الأموال فقد اختلفت الاجتهادات في إيجابها في مال الصغير لاختلافهم في طبيعتها:

ـ فذهب الاجتهاد الحنفي إلى أنها عبادة مالية يتوقف إيجابها على البلوغ كسائر التكاليف الدينية. ولذا لم يوجبها الحنفية في مال الصغير.

ـ وذهب الأئمة الثلاثة، مالك والشافعي وأحمد، إلى اعتبار الزكاة شرعاً من الضرائب الاجتماعية المتعلقة بالمال، لا من العبادات، فلذا أوجبوها في مال الصغير ولو كان عديم أهلية الأداء، فيخرجها عنه نائبه الشرعي من ولي أو وصي (ر: بداية المجتهد أول كتاب الزكاة ١/ ٢٢٥).

= الأنظار القانونية، وبه صرحت المادة /٣١/ من قانوننا المدني الجديد ـ تبعاً لأصله المصري ـ إذ نصَّت على أنه: **تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته**.

وهذا خطأ ومتناقض مع إقرار حقوق للجنين مسلَّم بها في جميع الشرائع والأنظار القانونية، ومنها الإرث؛ إذ لا يعقل إثبات الحقوق إلا لشخص طبيعي أو اعتباري.

والنظر الصحيح هو أن الذمّة بمعناها الاصطلاحي في الفقه الإسلامي ليست من لوازم كل شخصية، بل من لوازم الشخصية المستقلة. وشخصية الجنين غير مستقلة في نظر فقهائنا، بل هو تبع لأمه، كما سلفت الإشارة إليه (ف ٦٠/٣) وكما سنراه موضحاً في نظرية الذمة المبسوطة في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية.



الفصل الثاني والستون

الطور الثالث للأهلية: طور التمييز

أ ـ معنى التمييز وخصائصه.

ب ـ مبدأ التمييز.

ج ـ حدود أهلية الصغير المميز.

د ـ أهلية الأداء الدينية، وأهلية الأداء المدنية.

هـ ـ تقسيم تصرفات الصغير المميز.

و ـ أحكام الإذن للصغير بالتصرف.

ز ـ ملاحظات.

أ ـ معنى التمييز وخصائصه

٦٢/١ ـ يمتد هذا الطور في حياة الإنسان من سن تمييزه حتى يبلغ جسماً وعقلاً.

والمراد بالتمييز أن يصبح له بصر عقلي يستطيع به أن يميِّز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر، والنفع والضرر، وإن كان هذا البصر غير عميق، وهذا التمييز غير تام ولا مستوعب للنتائج.

فهذا الطور في الحقيقة هو طور الاستنارة العقلية، يدخل فيه عقل الإنسان منطقة النور، وتأخذ فيه الحقائق والمدركات أمامه بالظهور، حتى تستبين له في نهاية هذا الطور مكشوفة واضحة أمام مصباح العقل السليم.

وبذلك يكون هذا الطور مرحلة من المراحل الأساسية في أهلية الإنسان، إذ يتكون له فيه وعي صحيح، ولكنه منبعث عن عقل غض لم ينضج ولم تكمل استنارته.

ب ـ مبدأ التمييز

٢/٦٢ ـ وليس لمبدأ هذا التمييز سنٌّ معيَّنة من عمر الإنسان أو علامة طبيعية فيه، بل قد يبكر وقد يتأخر بحسب فطرة الطفل ودرجة ذكائه ومواهبه العقلية. وهو إنما يعرف بأثره من التوازن الذي يبدو في تفكير الطفل وأعماله. وهذا أثر لا يظهر مفاجأة، بل تدريجياً، إذ تسبقه آثار من التعقل تقاربه، كحبات العقد تشابه كل واحدة ما قبلها وما بعدها؛ لأنَّ كل واحدة أكبر مما قبلها قليلاً وأصغر مما بعدها قليلاً، ولكن الفرق بين اثنتين متباعدتين يظهر كبيراً.

وبذلك تتشابه أوائل هذا الطور بأواخر طور الطفولة الذي قبله. فلو جعل الانتقال من طور الطفولة منوطاً بظهور آثار التمييز نفسه لكان المناط غير منضبط، وحدود الأهلية الجديدة غير واضحة المبدأ.

لذلك اقتضت حكمة التشريع أن تعتبر سن مناسبة من عمر الإنسان مبدأ لطور التمييز، فاعتبر الفقهاء: **أنَّ تمام السنة السابعة من العمر، في الحالة الطبيعية السليمة مبدأ لطور التمييز، وما يستتبعه من أهلية جديدة**[1].

ج ـ حدود أهلية الصغير المميز

٣/٦٢ ـ يتَّضح مما تقدَّم أنَّ الصغير متى وَصَل إلى سن التمييز فقد أصبح استعداده وقابلياته في وضع وسط، بين حال الطفل غير المميز، وحال البالغ الرشيد. وهذا الوضع يقتضي أن يفسح له مجال التصرُّف بصورة مقيَّدة غير مطلقة؛ لأنه من جهة يحتاج إلى التمرين على ممارسة الأعمال التي أصبح على وعي صحيح لها. وهو من جهة أخرى محتاج

---

(١) وقد ثبت عن النبي ﷺ أنه قال: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع» (من حديث نبوي أخرجه أبو داود في الصلاة (٤٩٥) بإسناد حسن) وذلك لتعويدهم على عبادة الله تعالى منذ الصبا. وهذا يدل على مبدأ سنِّ التمييز في نظر الشرع، كما يدل أيضاً على تمتع الصغير في هذه السن بأهلية أداء، ولو قاصرة، كي تصح منه الصلاة.

أيضاً إلى حماية حقوقه من سوء تصرفاته وأخطائه المتوقعة، أي إلى حماية نفسه من نفسه، لأنه لا يزال قاصراً لم يبلغ عقله مرحلة النضج.

فبناء على ذلك قررَّ فقهاء الشريعة، استناداً إلى دلائل قواعدها وأحكامها، أنَّ للصغير المميز في هذا الطور **أهلية أداء قاصرة** ويريدون بذلك أهليته للتصرف المالي.

والأهلية يستدل على أنواعها وحدودها من الأحكام التشريعية المبنية عليها، إذ يستدل من البناء على الأساس.

د ـ أهلية الأداء الدينية وأهلية الأداء المدنية

٦٢/ ٤ ـ فالنظر فيما قرره الفقهاء والأصوليون للصغير المميز من أحكام يوجب تقسيم أهلية الأداء إلى قسمين:

الأول: **أهلية التعبّد**، وهي التي تؤهِّل الشخص لممارسة العبادات المشروعة بحيث تعتبر صحيحة منه. وهذه نسميها نحن هنا: **أهلية الأداء الدينية**.

والثاني: **أهلية التصرُّف**، وهي التي تؤهِّله للمعاملات المالية والتصرُّفات الحقوقية من قولية وفعلية، كالبيع والشراء، والأخذ والعطاء. وهذه نسميها: **أهلية الأداء المدنية**.

أ ـ فأما أهلية الأداء الدينية، أو أهلية التعبد، فإنها تثبت للصغير **كاملة** من أول طور التمييز. وبمقتضاها تصحُّ منه العبادات التي هي مزيج من عمل بدني وفكري كالصلاة والصيام بإجماع الاجتهادات، وإن كانت غير مفروضة عليه.

وعدم فرض هذه الواجبات الدينية عليه ـ رغم كمال أهلية الوجوب فيه منذ ولادته، وكمال أهلية الأداء الدينية بالتمييز ـ هو لأنَّ الأهلية إنما

تؤهِّل ولا توجب. فالإيجاب تكليف وهو يتوقف على سببه وسائر شرائطه الشرعية. وإن أول شرائطه البلوغ الذي يتمُّ به احتمال جسمه واكتمال عقله، فلا يكون الشخص مكلفاً بشيء من الواجبات العملية قبل البلوغ.

ب ـ وأما أهلية الأداء المدنية، أو أهلية التصرف فإنها أيضاً تثبت للصغير من أول هذا الطور، لكنها فيه **قاصرة** غير كاملة، وقصورها هذا لحماية حقوقه وصيانة أمواله، نظراً لقلة خبرته في التصرُّف بالمال، وعدم معرفته بأحوال الناس.

هـ ـ تقسيم تصرفات الصغير المميز

بحسب قصور أهلية الأداء المدنية فيه

٦٢/ ٥ ـ وبمقتضى هذا القصور في أهلية الأداء المدنية لدى الصغير المميز قسَّم الفقهاء تصرفاته الحقوقية من حيث اعتبارها ونتائجها إلى ثلاثة أنواع:

٦٢/ ٦ ـ النوع الأول: التصرُّفات التي هي ضرر مالي محض في حق الصغير.

وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة، أو صدقة، أو وقف، أو إعارة، أو غيرها.

فهذا النوع لا يملك الصغير فعله، ولا يملك أحدٌ من وليّ أو وصيّ أو قاض أن يجيزه له أو يفعله عنه. فإذا وقع كان باطلاً حماية لحقوق الصغير بمقتضى قصور أهليته.

ومن هذا القبيل كفالة الصغير المميز ديناً على غيره، فإنَّ كفالته لا تصح، لما فيها من معنى التبرع بالتزام أداء الدين عن غيره.

وقد عدَّ الفقهاء من هذا النوع طلاق الصغير لزوجته إن كان مزوَّجاً،

فإنَّ طلاقه باطل، لأنه يخسر به المهر ومنفعة الزوجية[١].

وقد استثنوا من هذا النوع إقراض القاضي مال اليتيم، وإن كان في القرض معنى التبرُّع ابتداءاً، فإنه يصون مال اليتيم من الضياع، وهو خير من الإيداع، لأنَّ الوديعة إذا هلَكَت دون تعد من الوديع عليها أو تقصير في حفظها تهلك أمانة غير مضمونة، بخلاف القرض فإنه مضمونٌ على المقترض في جميع الأحوال. وبسلطة القاضي إذا تولى هو الإقراض لا يخشى على مال القرض (ر: رد المحتار، الباب الأول من كتاب القضاء ٤/ ٣٤١).

٧/٦٢ ـ واختلفت الاجتهادات في حكم وصيّة الصغير المميز:

ـ فأجاز الإمام الشافعي وفقهاء المدينة وصيَّته في وجوه البر. واستدلوا من جهة النظر بأنها خير لا يلحق الصغير منها ضرر في ماله، لأنها إنما تنفذ بعد وفاته. واستدلوا من جهة الأثر بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز وصيَّة صغير يافع.

ـ وحكم أبو حنيفة وأصحابه ببطلانها لإضرارها بحقوق ورثة الصغير. والوصيَّةُ إنما شرعت للكبير المكلَّف ليتدارك بثوابها ما فاته من تقصير في

---

(١) الظاهر أنَّ بطلان طلاق الصغير لا يمنع جواز دعوى طلب التفريق التي تقام من أحد الزوجين على الآخر بمقتضى المادة /١١٢/ من قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا، إذا ادَّعَت الزوجة الكبيرة على زوجها الصغير بطلب التفريق، لأنَّ هذا التفريق مخالعة جبرية أو تطليق جبري بسلطان القضاء عند عدم إمكان الإصلاح بين الزوجين.

والقانون قد جعل طلب التفريق حقاً لكل من الزوجين، ولم يشرط في أحد منهما شرائط لصحة الادعاء به، فيرجع في ذلك إلى القواعد العامة. والقواعد تقضي بأنَّ ممارسة الحق تتوقف على أهلية صاحبه المدعي، لا على أهلية الطرف الآخر المدَّعَى عليه. فإذا كانت الزوجة كبيرة فالظاهر أنَّ دعواها بالتفريق على زوجها الصغير القاصر مسموعة قانوناً. وهذا كما لو كان الزوج مجنوناً، فإن جنونه لا يمنع زوجته من طلب التفريق بمقتضى أحكام القانون. ومن المقرر شرعاً وقانوناً أنَّ المجنون في حكم الصغير غير المميز كما صرحت به المادة/ ٩٧٩/ من المجلة، والمادة/ ٤٧/ من القانون المدني الجديد الذي حل محلها.

واجباته الشرعية. أما الصغير فغير محتاج إليها لأنه غير مكلَّف شرعاً. وأنَّ منفعة ورثته مصلحة له، ففي إيصائه عدول عما هو أفضل له من التوفير لورثته. وإنَّ ترك الأفضل هو ضررٌ محض في حقه لا محالة، فيكون غير مشروع في حق الصغير فتبطل وصيّته[1] (ر: أصول البزدوي، وشرحه كشف الأسرار ٤/٢٥٩ ـ ٢٦٠).

٨/٦٢ ـ النوع الثاني: التصرفات التي هي نفع محض في حق الصغير. وذلك كقبول الهبة أو الصدقة، وكإحراز المباحات.

وهذا النوع تكفي فيه أهلية الأداء القاصرة لدى الصغير فتصح منه ممارسته، ويكون نافذاً منه دون توقف على إجازة وليه أو وصيه، بل يكون شأنه كما لو صدر التصرف من كبير راشد، لأنَّ ممارسته هي منفعة للصغير على كل حال (ر: المجلة /٩٦٧).

وقد اعتبروا من هذا النوع قبول الصغير المميز للوكالة عن غيره في كل ما يجوز فيه التوكيل من بيع وشراء وزواج وطلاق وخصومة وقبض وغيرها. وتصرُّفاته بالوكالة في حدود ما وكل به تلزم الموكل كما لو كان الوكيل كبيراً. وذلك لأنَّ ممارسة الصبي الصغير هذه التصرّفات بالوكالة ـ

---

(١) أقول: إنَّ التعليل بحقوق الورثة كان يقتضي أن تعتبر الوصية من الصغير المميز **موقوفة** على إجازة ورثته لا باطلة، وذلك شأن جميع التصرفات القولية المضرة بحقوق الغير.

وقد نقل العلامة محمد بن محمود الأستروشني في كتابه «جامع أحكام الصغار» عن شرح الطحاوي: أنَّ الصبي لو أوصى في حال صغره بوصية لا تجوز إلا إذا **أجاز ذلك بعد بلوغه**، فيعتبر حينئذ كالابتداء» أي كابتداء الوصية بعد البلوغ (ر: جامع أحكام الصغار أول فصل الوصايا).

وهذا يؤيد رأينا أنَّ هذه الوصية ينبغي أن تعتبر موقوفة لا باطلة، لأنَّ من القواعد المقررة **أنَّ الباطل لا يقبل الإجازة**، كما تقدَّم في بحث البطلان (ف٥٣/ ١٠) ونصَّ عليه الأستروشني أيضاً أول فصل مسائل البيوع من كتابه «جامع أحكام الصغار». لكن جميع نصوص المذهب التي اطلعت عليها متضافرة على البطلان، فتأمل. ولو قيل بالتوقف على إجازة الورثة كما بيّنا لكان أوجه وأجرى مع القواعد.

ولو دون إذن وليه أو وصيه ـ فيها تمرين له، وتصحيح لعباراته، وتعريف له بوجوه التصرفات وأساليبها ونتائجها بقدر الإمكان، كل ذلك على مسؤولية الموكل وعهدته. وهذا نفع محض للصغير. (ر: «جامع أحكام الصغار» أول فصل مسائل الوكالة، و«رد المحتار» ٤/ ٤٠٠).

٦٢/ ٩ ـ النوع الثالث: التصرُّفات المحتملة للنفع والضرر:

وذلك كالمعاوضات المالية في جميع صورها من بيع وشراء، وإجارة واستئجار، ورهن وارتهان، ومزارعة ومساقاة، وكل ما يحتمل الربح والخسارة.

وهذا النوع من التصرُّفات يملك الصغير المميز ممارسته ويصحُّ منه، ولكن لا يستقل فيه برأيه، بل لا بد لنفاذه من موافقة **ممثله الشرعي** عليه[1] (ر: المجلة/ ٩٦٧) كما تقدَّمت الإشارة إليه في بحث النفاذ من الآثار العامة للعقود (ف ٣٨/ ٥).

وإنما صحَّت من الصغير المميز مباشرة هذه التصرُّفات بنفسه لأنه يتمتع بأهلية أداء. وإنما اشترط لنفاذها موافقة الممثل الشرعي من وليّ أو وصيّ لقصور تلك الأهلية في الصغير، واحتمال هذه التصرُّفات للنفع والضرر في حقه. فإذا اقترنت بموافقة ممثله الشرعي من وليّ أو وصيّ اعتبرت في مصلحة الصغير، ونفذت عليه كما لو باشرها عنه ممثله نفسه.

٦٢/ ١٠ ـ وموافقة الممثل الشرعي تتحقق بأحد شكلين: إما بإذن منه سابق لتصرف الصغير، وإما بإجازة لاحقة بعد التصرُّف[2]:

---

(١) المراد بالممثل الشرعي هنا من تكون له على الصغير ولاية المال.
وسيأتي بيان ولي المال، وولي النفس، وصلاحياتهما في الفصل السادس والستين الباحث عن الولاية الشرعية الناشئة عن قصور الأهلية.

(٢) الإذن للصغير المميز بالتصرُّف المالي والتجارة هو تمرين مفيد له يكسبه مراساً وتجربة ومعرفة بأحوال الناس ونتائج المعاملات. فهو تهيئة لرشده واختبار لمواهبه الفكرية.
وأصله قول الله تعالى في سورة النساء: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [سورة النساء ٤/ ٦]. =

أ ـ فإذا باشر الصغير المميز شيئاً من تصرُّفات هذا النوع بإذن سابق من ممثله الشرعي كان التصرُّف **صحيحاً نافذاً** ملزماً للصغير منذ صدوره منه، ولو كان فيه غبن فاحش في حقه إذا لم يكن غبنه نتيجة تغرير. وذلك لأنَّ التجارة لا تخلو عن التغابن، وقد يكون الرضا بالغبن من أساليب الدعاية التجارية لاستجلاب القلوب، واستدرار أرباح أكثر (ر: رد المحتار كتاب المأذون ٥/ ١٠٠).

وهذا رأي أبي حنيفة وهو الراجح في مذهبه، خلافاً لرأي صاحبيه اللذين لا يجيزان على الصغير المميز الغبن الفاحش ولو كان الصغير مأذوناً.

ب ـ وإذا باشره دون إذن سابق كان **صحيحاً غير نافذ**، بل موقوفاً على إجازة ممثله الشرعي: فإن أجازه ممثله صار نافذاً من حين وقوعه، أي نفذ نفاذاً مستنداً بأثر رجعي، لأنَّ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق (ر: ف ٢/٣٨). وإذا رفضه اعتبر باطلاً كذلك منذ وقوعه.

ومن هذا النوع عقد الزواج: فإذا تزوج الصغير المميز دون إذن وليه في النكاح كان العقد موقوفاً على إجازته (ر: الأحوال الشخصية لقدري باشا م/ ٤٩٣).

و ـ أحكام الإذن للصغير بالتصرف

١١/٦٢ ـ مدى شمول الإذن للصغير المميّز بالتجارة:

وإذا أذن للصغير ممثله الشرعي بممارسة التجارة دخل في الإذن من هذا النوع جميع التصرفات التي تعد في العرف من **شؤون التجارة**، كالبيع والإجارة والمزارعة والرهن والارتهان والتوكيل إلخ...، وكالإقرار بالحقوق

= والابتلاء هو الاختبار. فقد أمر بتمرينهم واختبار قدرتهم على التصرُّف قبل البلوغ، حتى إذا بلغوا يُنظر هل أورثهم ذلك رشداً؟ فإذا ظهر رشدهم بعد البلوغ كملت أهليتهم وسُلِّمت إليهم أموالهم، وإلا ينتظر الرشد وسيأتي إيضاحه.

والأفعال. فكل ذلك يملك الصغير المأذون له بالتجارة ممارسته في استثمار ماله، سوى **الإقراض والكفالة**، فإنهما وإن كانا من شؤون التجارة، يبقى الصغير المأذون محجوراً عنهما، لأنهما من النوع الأول الذي هو ضررٌ محض في حق الصغير لما فيهما من معنى التبرع.

١٢/٦٢ ـ وهنا تعترضنا مسألة خلافية مهمة وطريفة، وهي أنَّ الصغير المميز إذا لم يكن مأذوناً وتعاقد مع غيره على شيء وتسلمه منه على سبيل الشراء أو الاقتراض، أو الاستعارة أو الإيداع مثلاً، ثم أتلفه الصغير فهل يضمنه أو لا يضمنه؟

ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى التضمين نظراً إلى أن العقد من الصغير غير المأذون، إذا لم ينفذ عليه فقد بقي فعل الإتلاف، وهو بذاته يوجب على الصغير ضمان ما يتلف ولو كان طفلاً غير مميز كما تقدم (ر: ف ٦/٦١). فالقضية هنا قضية **ضمان فعل**، والصغير أهل لذلك؛ وليست قضية **ضمان عقد**.

وذهب أبو حنيفة وصاحبه الآخر محمد بن الحسن الشيباني إلى عدم التضمين بحجة أنَّ فعل الإتلاف هنا ساقط الاعتبار، لأنه **بتسليط من المالك** الذي سلَّم المال إلى صغير غير مأذون فعرضه للتلف، ولم يأخذه الصغير ويتلفه من تلقاء نفسه. فلم يبق إلا الضمان الواجب بالعقد. والصغير غير المأذون ليس بأهل لالتزام ضمان العقود. وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الحنفي.

أما لو كان الصغير مأذوناً فهو ضامن بالاتفاق (ر: الأحوال الشخصية لقدري باشا م/٤٨٧ ـ ٤٨٨، والدر المختار ورد المحتار كتاب الحجر ٥/ ٩٢، وآخر كتاب المأذون ٥/١١٢).

وهذا حكم يستوي فيه الصغير المميز غير المأذون والصغير غير المميز كما تقدم، لأن كليهما محجور (ر: ف ٣/٦١ و٦/٦١).

٦٢/ ١٣ ـ قابلية الإذن للتخصيص وعدمها:

وهذا الإذن في الاجتهاد الحنفي لا يقبل التخصيص. فإذا أذن للصغير ممثله الشرعي ببعض التصرُّفات من هذا النوع كالبيع مثلاً، وقيَّده بنوع من البضاعة أو شخص أو سوق أو زمان مخصوص، أصبح الصغير مأذوناً إذناً عاماً بالتجارة والتعامل في جميع الأنواع ومع جميع الأشخاص في جميع الأزمنة والأمكنة، حتى يحجره ممثله من جديد، لأنَّ الإذن يقبل الاسترداد.

وذهبت اجتهاداتٌ أخرى كالاجتهاد الحنبلي إلى أنَّ هذا الإذن يقبل التخصيص ويتقيَّد بما يقيِّده به الممثل الشرعي للصغير نوعاً وشخصاً وزماناً ومكاناً. فيبقى الصغير المميِّز فيما وراء حدود إذنه محجوراً غير نافذ التصرُّف.

وحجة الاجتهاد الحنفي أنَّ الإذن رفع وإسقاطٌ لقيد الحجر الأصلي، وأنَّ الإسقاط في نظرهم لا يقبل التقييد.

وحجة الاجتهادات الأخرى أنَّ الإذن كالتوكيل، والتوكيل يقبل التقييد، فيتقيَّد الوكيل بما يقيِّده به الموكل، لأنَّ سلطة الوكيل مستَمَدَةٌ منه.

ولا يخفى أنَّ هذا النظر أوجه وأجرى مع المصلحة، فإنَّ الإذن للصغير بمباشرة التجارة والتعامل إنما شُرِعَ لتمرينه واختباره. وقد يكون له بصيرة في نوع دون نوع، وقد يؤمن عليه من التعامل مع شخص دون غيره. فيجب أن يصح تخصيص الإذن، وإلا ضاعت الحكمة منه.

على أن كون الإذن إسقاطاً لقيد الحجر لا يستلزم عدم إمكان تخصيصه، لأنَّ المقيد يمكن أن تطلق منه ناحية فقط ويبقى غيرها على قيده.

٦٢/ ١٤ ـ الصراحة والدلالة في الإذن:

والإذن للصغير يكون: إما **صراحة**، بأن يقول له ممثله: أذنت لك بالتجارة، أو اذهب إلى السوق فَبِعْ واشتر، ونحو ذلك؛ وإما **دلالة**، كما لو

رآه وليه يتعاطى مع الناس البيع والشراء فظلَّ ساكتاً عنه، فإنه يصبح مأذوناً، وذلك لحاجة التعامل ودلالة الحال، إذ من المقرر في القواعد **أنَّ السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان** (ر: ف ٢/٣٢ والمجلة/٦٧) وإلا تغرَّر الناس بدلالة حال الولي، وتورطوا في التعامل مع الصغير وهو غير مأذون.

٦٢/ ١٥ ـ التمييز بين الإذن بالتصرُّف وبين الاستخدام:

ولكن على كل حال يجب التمييز بين الإذن والاستخدام، فلا يتحقق الإذن إلا بما يفيد، صراحة أو دلالة، إطلاق الحق للصغير المميِّز من ممثله الشرعي في **تصرُّف نوعي**، أي ببعض أنواع التعامل. أما لو أرسله إلى السوق ليشتريَ له شيئاً معيَّناً من طعام أو كسوة أو غيرهما، فهذا استعانة واستخدام في **تصرُّف شخصي** محدود، وليس إذناً في تصرُّف نوعي متكرر، فلا يصير به الصغير مأذوناً، وإلا انسد باب الاستخدام المجرد (ر: المجلة/ ٩٦٩، والهداية وشروحها كتاب المأذون ٨/٢١٩، ورد المحتار ٥/٩٨).

٦٢/ ١٦ ـ والخلاصة: أنه بالنظر إلى الأذن وعدمه يصنف الصغار المميزون إلى صنفين: مأذونين ومحجورين:

فالمأذون هو الذي أطلق له ممثله الشرعي حق التعامل في التصرُّفات التي تتوقف في الأصل على موافقته، وهو النوع الثالث المتقدم. وعندئذ يصبح الصغير في هذه التصرُّفات ككامل الأهلية تنفذ عليه وتلزمه ولو كان فيها غبن فاحش.

والمحجور هو الذي لا يزال تصرّفه في هذا النوع خاضعاً لإجازة ممثله الشرعي لقصور أهلية الأداء لديه.

ويتضح من ذلك أنَّ الإذن بالتجارة يختص تأثيره بالصغار المميزين. أما الذين دون سن التمييز فأهلية الأداء معدومة لديهم؛ وكل تصرفاتهم باطلة كما تقدَّم. فالإذن لهم وعدمه سواء.

٦٢/١٧ ـ حجر المأذون وما يشترط فيه:

أشرنا سابقاً إلى أنَّ الإذن بالتجارة للصغير المميز قابل للاسترداد. فلممثله الشرعي أن يحجره بعد الإذن، وأن يعود فيأذنه بعد الحجر، لأنَّ من يملك منح الاعتبار يملك استرداده.

ويشترط لصحة الحجر أن يعلم به الصغير نفسه[1]. ثم إذا كان ممثل الصغير قد أعلن إذنه في السوق، أو كان إذنه شائعاً يجب أيضاً أن يعلن الحجر ويشاع، ليحيط الناس به علماً كي لا يتغرروا فيتضرروا. ولا يصح حجره سراً في الغياب أو بين عدد قليل من أهل السوق، بل يبقى الصغير على حكم الإذن وتنفذ معاملاته إلى أن يعلم بحجره هو وأكثر أهل السوق.

أما إذا كان إذنه غير مُعلَن ولا شائع فيكفي في صحة حجره إعلامه به دون إعلان (ر: رد المحتار ٥/ ١٠٥).

ويجب أن يلحظ هنا أن حجر المأذون إنما يقع مقتصراً ليس له استناد ـ أي تأثير رجعي ـ فإذا حجر الصغير المأذون، فإن ما مضى من تصرُّفاته في حال إذنه السابق يظل نافذاً.

ز ـ ملاحظات هامة

٦٢/١٨ ـ هذا ويجب أن يلحظ في هذا المقام ثلاثة أمور هامة:

الأول: أنَّ الصغير المميز غير المأذون إذا بلغ الرشد ينتقل إليه حق إجازة تصرُّفاته الموقوفة التي كان باشرها حال الصغر ولم يبت فيها ممثله الشرعي بإجازة أو رفض، لأنه متى بلغ الرشد استقلَّ في التصرُّف بحقوقه. أما إذا كان التصرُّف الواقع من الصغير قد رفضه ممثله قبل بلوغ رشده فلا يملك الصغير حق إجازته بعد بلوغه، لأنَّ التصرف قد بطل بالرفض

---

(١) كالوكيل إذا عزله الموكل، فإنه لا ينفذ عزله إلا بعد علمه به، وقبل ذلك يبقى على وكالته، وتصرفاته نافذة على الموكّل.

السابق، والباطل لا يقبل الإجازة، كما تقدم (ر: ف ٥٣/ ١٠) حتى أنَّ الممثل الشرعي نفسه، قبل بلوغ الصغير رشده، لا يملك أن يرجع عن الرفض إلى الإجازة، أو عن الإجازة إلى الرفض.

الثاني: أنَّ كلَّ تصرّف من النوع الأول (الذي هو ضرر محض في حق الصغير) لا يملك الصغير أيضاً حق إجازته بعد بلوغ رشده؛ لأنه صدَرَ باطلاً منذ وقوعه، فيستوي في عدم قابلية الإجازة مع ما بطل بالرفض بعد وقوعه صحيحاً موقوفاً (ر: ف ٣١/ ٤).

الثالث: أنَّ التصرُّف من النوع الثالث كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار، إذا وقع فيه غبنٌ فاحش في حق **الصغير غير المأذون** التحق بالنوع الأول الذي هو ضررٌ محض، حماية للصغير، فيبطل ولا يقبل الإجازة. وإنما اغتفر الغبن الفاحش في حق المأذون للضرورة، إذ لا تخلو عنه أعمال التجارة.

وإذا كان الأمر بالعكس، بأن كان الصغير في تصرفه غابناً، والمتعاقد الآخر مغبوناً، كما لو باع الصغير المميِّز شيئاً بأكثر من قيمته أو اشترى بأقل منها، فإنَّ عقده يبقى خاضعاً لإجازة ممثله الشرعي إذا لم يكن مأذوناً منه. لأنَّ العبرة في ميزان النفع والضرر لنوع التصرف لا لخصوص العقد الواقع؛ وإنَّ نوع هذا العقد من الصغير يتوقف على الإذن أو الإجازة (ر: المجلة ٩٦٧/٧، ورد المحتار كتاب المأذون ٥/ ١١٠).

أضف إلى ذلك أنَّ النفع الظاهر في الحاضر لا يعوّل عليه، بل العبرة في مصلحة الصغير لنتائج التصرف التي ناط الشرع بممثله تقديرها.

الفصل الثالث والستون

الطور الرابع للأهلية: طور البلوغ

١/٦٣ ـ البلوغ أهم المراحل الطبيعية التي تمرُّ بها حياة الإنسان، لأنه ينتقل فيها من طور الصغر إلى طور الكبر، ويصبح من مبدئها مكلفاً يلقى على عاتقه نظير ما يحمله سائر الكبار المكلَّفين من التكاليف الشرعية، ومن المسؤوليات عنها.

ذلك أنَّ البلوغ في الحالات العادية السليمة يصل فيه نمو الجسم وقدرته إلى الحد الكافي لتحمل التكاليف الشرعية البدنية، كما يصل فيه نمو العقل والإدراك إلى الحد الكافي من معرفة الخير والشر، والنافع والضار، وعواقب الأعمال. وإنما يتفاوت الأشخاص بعد ذلك ـ فيما وراء هذا النصاب الكافي من قدرتي الجسم والعقل ـ تفاوتاً طبيعياً بدرجات الذكاء والمواهب الفطرية التي لا يتساوى فيها اثنان من الناس. وهذا التفاوت في الزيادة عن الحد الكافي لا عبره له ولا يمنع تساوي الجميع في القدرة على فهم التكاليف وحمل المسؤوليات بعد توافر النصاب اللازم من مؤهلاتها لديهم.

وبناءً على ذلك اتفق فقهاء الشريعة على أنَّ الإنسان بالبلوغ يتوجَّه إليه خطاب التكليف الموجَّه من الشارع إلى الناس، فيصبح البالغ مشمولاً بالخطاب التشريعي، ومكلَّفاً بما يفرضه ذلك الخطاب على الناس من واجبات عامة بشرائطها الشرعية: من الإيمان بالله تعالى وكتبه ورسله وسائر شعب الإيمان، ومن العبادات المفروضة، وتحصيل القَدْر الضروري من العلم لإقامة الدين، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والجهاد،

والمساهمة بالمال والعمل في كل ما تتوقف عليه مصالح المجتمع الإسلامي، إلى سائر التكاليف والواجبات. كل ذلك بقدر الاستطاعة.

وكذلك يصبح البالغ مسؤولاً عن طاعة النظام الشرعي الذي يفرض الأمن الداخلي، واجتناب العدوان والثأر الشخصي، والخضوع للحكام في حدود سلطاتهم المشروعة، والرجوع إليهم في حل الخصومات. فيصير الإنسان بالبلوغ خاضعاً لنظام العقوبات الشرعي العام فيما يرتكبه من جرائم ومخالفات.

٢/٦٣ ـ حد البلوغ:

والبلوغ يُعرف ويعتبر بظهور علاماته الطبيعية[١]. فمتى ظهرت علاماته أخذ البلوغ حكمه بمجرد ظهورها دون التقيُّد بسن معينة.

فإذا تأخر ظهور علاماته اعتبر الشخص بالغاً حكماً متى وصل إلى نهاية سن البلوغ المعتادة.

فلسن البلوغ امتداد بين بداية ونهاية يكون البلوغ الفعلي بينهما بحسب العادة.

فبدايتها اثنتا عشرة سنة في الذكور، وتسع سنوات في الإناث، لأنَّ ذلك يختلف باختلاف الأقاليم: ففي البيئات الحارة يبكر البلوغ وفي الباردة يتأخر. فاعتبر أدنى الحدود الطبيعية فيه.

وأما نهايتها فقد اختلفت فيها الاجتهادات: فذهب أبو حنيفة إلى أنها ثماني عشرة سنة في الذكور، وسبع عشرة سنة في الإناث، وهو المروي عن ابن عباس. ولكن جمهور الأئمة وصاحبي أبي حنيفة على أنها خمس عشرة سنة في الذكور والإناث جميعاً، وهو الرأي الراجح المفتى به في المذهب الحنفي، وعليه المجلة.

والشخص بين بداية سن البلوغ ونهايتها يسمى: **مراهقاً**.

والمراهق إذا ادعى البلوغ أو أقرَّ به، وكان نمو جسمه محتملاً،

---

(١) وهي في الغلام الإنزال، وفي الفتاة الحيض أو الحبل.

يصدَّق وإلا فلا (ر: المجلة/ ٩٨٥ ـ ٩٨٩)[١].

٦٣/٣ ـ يتضح مما تقدم أن المناط الأصلي للتكليف الشرعي ليس هو سناً معينة من عمر الإنسان، بل هو توافر النصاب الكافي من القدرتين: قدرة الجسم، وقدرة العقل.

بيد أن نصاب قدرة الجسم يتجلى محسوساً في الحالات العادية السليمة بالبلوغ فعلاً، أو بالبلوغ حكماً واعتباراً في سنه المعتادة وهي الخامسة عشرة.

أما نصاب قدرة العقل فإنما يعرف بآثاره من توازن أعمال الإنسان. ولكن هذه الآثار ليست كعلامات البلوغ المحسوسة في الظهور، فلو جعلت هي نفسها المناط الذي يربط به التكليف لكانت مناطاً مشتبهاً غير منضبط. وبما أن البلوغ هو المظنة الظاهرة الطبيعية لنمو العقل كنمو الجسم بحسب المعتاد، لذلك ربط به التكليف تسهيلاً وتيسيراً، كما تقتضيه حكمة التشريع[٢].

---

(١) يلحظ هنا أنَّ الفقرة الثانية من المادة الثانية من نظام إدارة أموال الأيتام العثماني الذي لا يزال جانب من أحكامه نافذاً إلى اليوم في سورية نصت صراحة أن: **«حكام الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ الفعلي ممن لم يكملوا الخامسة عشرة من العمر»**.

وبذلك أصبح إثبات البلوغ الفعلي قبل نهاية سن البلوغ المذكورة غير مقبول في الجنسين الذكور والإناث على السواء.

ثم جاء أخيراً قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد الصادر لدينا في ١٩٥٣/٩/١٧ فاشترط في المادة/ ١٥/ منه لأهلية الزواج **البلوغ الفعلي في الجنسين**. ولكنه في المادة /١٨/ منه نصَّ على قبول القاضي دعوى البلوغ من المراهق **الذي أكمل الخامسة عشرة، ومن المراهقة التي أكملت الثالثة عشرة، لأجل الإذن لهما بالزواج إذا تبيَّن للقاضي صدق دعواهما واحتمال جسميهما**.

(٢) قال الإمام حافظ الدين النسفي في شرحه على كتابه «المنار» في أصول الفقه ما خلاصته:

«أصل العقل يُعرف بدلالة العيان، وذلك بأن يختار المرء ما يكون أنفع له، ويَعرفَ مستور العواقب فيما يفعل وما يذر. وكذلك نقصان عقله يُعرف بعدم انسجام أفعاله ولا توازنها. وأحوال البشر تتفاوت في كمال العقل، فأقام الشرع اعتدال حال الإنسان ببلوغه عاقلاً مقام تمام العقل في بناء الخطاب الإلزامي (أي التكليف) عليه تيسيراً وتسهيلاً. ولم يعتبر احتمال تمام العقل قبل البلوغ، ولا بقاء نقصانه بعد البلوغ لأنَّ ذلك موهوم، ولأنَّ قواعد التشريع أنَّ العلامة الظاهرة متى أقيمت مقام الوصف الباطن تيسيراً دار الحكم معها وجوداً وعدماً» اهـ.



الفصل الرابع والستون

الطور الخامس للأهلية:

طور الرشد

١/٦٤ ـ إنَّ صيرورةَ الإنسان بالبلوغ مكلَّفاً، بالمعنى الذي سلف بيانه، لا يعني كمال أهلية الأداء المدنية فيه، ونفاذ تصرُّفاته المالية. بل إنَّ كمال هذه الأهلية في الشخص يتوقف على صفة أخرى فوق البلوغ هي صفة **الرشد**.

والرشد، والرّشاد في اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال. والصفة منه: راشد ورشيد. وهو عكس الغي والضلال، كما في قوله تعالى: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ﴾[١].

وحقيقة الرشد **بلوغ العقل**، فإنَّ بلوغ الجسم لا يستلزمه (ر: كتاب الأهلية والمجالس الحسبية للأستاذ المحامي محمد هاشم المهنا).

والرشد عند الفقهاء في هذا المقام ـ أي في الشؤون المالية ـ ليس هو الورع والتقوى، بل هو البصيرة المالية التي يكون بها الشخص **حسن التصرف بالمال** من الوجهة الدنيوية، ولو كان فاسقاً من الوجهة الدينية. وهو التفسير المنقول في هذا الموضوع عن ابن عباس[٢].

---

(١) ر: «المصباح» للفيومي، و«مفردات القرآن» للراغب الأصفهاني. مادة «رشد».

(٢) ر: المجلة /٩٤٦ و ٩٤٧ و٩٦٣/ والدر المختار ورد المحتار في كتاب الحجر ٥/ ٩٥ وفي كتاب الوقف ٣/ ٤٣٠، وتنقيح الفتاوى الحامدية ١/ ١٩٨ نقلاً عن «البحر الرائق» لابن نجيم.

ويقابله السَّفَه (بفتحتين)، وهو تبذير المال وإتلافه في غير حكمة، سواءٌ أكان في أمور الشر كجمع الفسَّاق والإنفاق عليهم، أو في أمور الخير كما لو صَرَفَ الشخص جميع ماله في بناء مسجد، في غير حاجة عامة، فإنه يعتبر سفيهاً في نظر فقهاء الشريعة ويستحق الحجر[1]!.

فتلك البصيرةُ المالية تتوقَّف على قدرٍ من التجربة والممارسة العملية وسيطرة النُّهى على الهوى، فوق أصل النصاب العقلي اللازم لإدراك الخير والشر، والنفع والضر، بالقدر الكافي للتكليف. فقد يكون الإنسان على ملكة عقلية كافية لمخاطبته بالتكليف الشرعي ومسؤوليته، ولا يكون رشيداً في إدارة المال لجهله بذلك، أو لغلبة هواه على عقله ومعرفته. وذلك كالرجل السفيه المبذِّر، فإنه مكلَّفٌ شرعاً ومسؤول عن واجبات التكليف، وعن الجرائم، ولكنه يُحجر عن التصرُّف بأمواله لعدم رشده، ويقام عليه وصيٌّ يتصرَّف عنه كما يقام على القاصرين.

فهذا الرشد المالي قد يرافق البلوغ، وقد يتأخَّر عنه. وذلك بحسب فطرة الشخص وما يكون له من سابقة تمرين وخبرة في شؤون المال وأحوال الناس.

وبهذا الرشد، لا بمجرد البلوغ، يُناط كمال الأهلية المدنية في الشخص، وما يَسْتَتْبعه هذا الكمال من إطلاق حرّية التصرف له وتسليم أمواله إليه.

وبناء على ذلك وجب شرعاً، عندما يبلغ الشخص ويصبح مكلفاً بالأحكام العامة، أن ينظر في أمر رشده. فإذا أثبت أنه قد بلغ رشيداً فإنه يعتبر منذ البلوغ كامل الأهليات جميعاً، ويتحرَّر من الولاية أو الوصاية،

---

(١) ر: مرآة المجلة م/٩٤٦ نقلاً عن الباب الثاني من كتاب الحجر في الفتاوى الهندية.
ولعمر الحق إنَّ لهذا التحليل العلمي في معنى الرشد وهذا التمثيل للسفه بإتلاف المال ببناء مسجد من غير حاجة إليه هما من أروع الأمثلة على ما لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من فكر علمي مجرّد عن كل عصبية في بناء الأحكام الفقهية!.

وتنفذ تصرُّفاته وإقرارته، وتسلّم إليه أمواله (ر: الأحوال الشخصية لقدري باشا م/٤٩٦).

وأما إذا لم يثبت رشده مع بلوغه فإنه يبقى قاصر أهلية الأداء، وتبقى أمواله ممنوعة عنه، وتستمر عليه الولاية من جهة المال(١) حتى يثبت رشده.

وأصل ذلك هو أن النص القرآني الذي سَلَفَ بيانه(٢) يعلق تسليم أموال اليتامى إليهم بظهور هذا الرشد، ولا يكتفي بمجرد البلوغ.

٢/٦٤ ـ ولا شك أنَّ عدمَ جواز تسليم مال الشخص إليه قبل ظهور رشده المالي معناه بقاء الولاية المالية عليه وعدم نفاذ تصرفاته قبل ذلك، إذ لا فائدة لمنع أمواله عنه إذا كانت عقوده وإقراراته عليها نافذة، إذ يضيع عندئذ أمواله بأقواله وإن لم تصل إليها يده، فلا يتحقق غرض الشارع في حمايته من سوء تصرفه (ر: م/٩٨٢).

ومن المقرر في علم أصول الفقه أنَّ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب(٣). فالأمر التشريعيُّ بشيء يعتبر أمراً أيضاً بما يستلزمه ذلك الشيء ولا يتمُّ إلا به. فالأمر بالوضوء للصلاة مثلاً هو أمر بالسعي إلى مكان الماء. وإيجاب الواجبات الشرعية التي تحتاج إلى قوة البدن، كالعبادات والجهاد، هو إيجاب للأكل والشرب الكافيين لحفظ القدرة على أداء هذه الواجبات. وكذا إيجاب رد المغصوب هو إيجاب لتحمُّل نفقة الرد إذا كان محتاجاً إلى نفقة، وهلمَّ جراً...

---

(١) أما الولاية عليه من جهة النفس ـ وهي تتضمن سلطة التزويج الجبري والتأديب والتطبيب الجراحي، كما سيأتي في الفصل /٦٦/ فإنها تنقطع عن الشخص بمجرد بلوغه عاقلاً وصيرورته مكلفاً.

(٢) هو قوله تعالى في سورة النساء (٤/٥): ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾.

(٣) ر: أصول الفقه للخضري ص /٥٤ ـ ٥٦/، والموافقات للشاطبي ٢/٣٩٤ طبعة المطبعة الرحمانية.

فمن هذا المبدأ الأصولي يتَّضح أنَّ المنع الشرعي من **تسليم المال** إلى صاحبه الناشىء قبل إيناس رشده يعتبر **منعاً له من التصرُّف**، وإلا لم يكن لمنع المال عنه من فائدة، بل قد يكون عبثاً. وقد صرح علماء الأصول أنه: **لا عبث في التشريع** (ر: الموافقات للشاطبي ١/١٥٨).

٣/٦٤ ـ هذا، ويجب أن يتنبه في هذا المقام إلى أنه قد ترى للفقهاء نصوص تصرِّح بأن الإنسان إذا **بلغ عاقلاً** انقطعت عنه الولاية، وكملت أهليته، ونفذ تصرفه وإقراره[1]. ولكن هذه النصوص الفقهية وأمثالها محمولة على ما إذا بلغ الشخص رشيداً. وإطلاقهم النص في بعض المواطن إنما هو اعتماد على التفصيل والتقييد المقرر في مواطن أخرى[2] (ر: المجلة / ٩٨١ ـ ٩٨٤ و ٩٨٩).

---

(١) من ذلك مثلاً ما قدمنا نقله في الحاشية تحت الفقرة ٧/٦٢ عن كتاب «جامع أحكام الصغار» للأسْتروشني من «أنَّ الصغير المميز لا تجوز وصيته إلا إذا أجازها بعد بلوغه» فإنَّ المراد: «بعد بلوغه رشيداً».

(٢) قال الأستاذ المحقق الشيخ أحمد إبراهيم بك في رسالة «الأهلية» ص/١٧ ـ ١٨/ مانصه:

«وقد اتفقت كلمة الفقهاء على جعل مناط التكليف البلوغ، سواء أكان بالسن أم بالعلامات؛ **وبه تنتهي الولاية على النفس والمال جميعاً، ويتوجّه الخطاب الشرعي كاملاً**. لكن لاحظت بعض الدول في البلاد الإسلامية، كالدولة المصرية، أنَّ من المصلحة ألا يعجل إعطاء الصغير ماله بمجرد بلوغه الشرعي، بل لا بد من الانتظار حتى يبلغ أشده، كما أنهم رفعوا سنَّ التميز على حسب ما تراءى لهم من مقتضيات المصالح».

أقول: إن هذا مبني على عدم التفريق بين التكليف الشرعي وأهلية التصرُّف، بناء على ما يوهمه إطلاق بعض نصوص الفقهاء من بعض المواطن كما نبهنا عليه، وهو خلاف الواقع الذي يتجلّى من إنعام النظر في كلام الفقهاء.

وإنَّ دعوى اتفاق كلمة الفقهاء على ذلك غير مُسَلَّمة. فقد نقل الأستاذ نفسه في الحاشية رأي أبي حنيفة في انتظار سن الرشد إلى سن الخامسة والعشرين لأجل تسليم المال؛ ورأي جمهور الفقهاء مع صاحبي أبي حنيفة في انتظار الرشد مهما بلغت سن الإنسان غير الرشيد، كما سنرى قريباً، وهذا ما يدل عليه النص القرآني الذي سلف بيانه وعليه العمل. فما ذهبت إليه قوانين تلك البلاد الإسلامية مبني على هذه الاجتهادات الصريحة.

=

٦٤/ ٤ ـ تحديد سن الرشد: معناه وثمرته:

معنى تحديد سن الرشد أن يُنصب حدٌّ في عمر الشخص ينتهي فيه الحجر الطبيعي الذي يفرضه الشرع حكماً على الصغار الناشئين.

ولهذا التحديد ثمرتان:

١ ـ أنه لا يُقبل عندئذ من الشخص أن يثبت رشده قبل هذا الحد ولو كان بالغاً فعلاً، أو حكماً بالسن.

٢ ـ انَّ الشخص الذي يبلغ سن الرشد المحددة، وهو سليم العقل (أي غير مجنون ولا معتوه) يُعتبر عندئذٍ كاملَ أهليّة التصرف حكماً، فيرفع عنه الحجر الشرعي ويتحرَّر من الولاية التي كانت عليه دون حاجة إلى إثبات رشده[1].

هذا مفهوم تحديد سن للرشد، وثمرة هذا التحديد في الأحكام.

٦٤/ ٥ ـ هل للرشد سنٌّ محددة في الشرع الإسلامي:

الشريعة الإسلامية ـ وهي شريعة إنما جاءت لتكون مبادئها خالدة قابلةً للتطبيق في كل زمان ومكان ـ لم تأتِ بتحديد سن للرشد، لأنَّ زمن الرشد يختلف تبعاً لفطرة الشخص، كما يختلف باختلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية العامة، وبحسب العلم والتربية والأخلاق العامة.

= والذي يجلي الشبهة هو ما جرينا عليه من تقرير الانفكاك في الثبوت بين **التكليف الشرعي وأهلية الأداء المدنية**، أي أهلية التصرف المالي.

فالتكليف يثبت عند البلوغ لأنه يعتمد قدراً من القدرة الجسمية ومن المدارك الطبيعية كافياً لفهم الخطاب الشرعي والتمييز بين الخير والشر.

أما أهلية التصرف المالي فتعتمد على خبرة عملية في إدارة المال وحفظه فوق تلك المدارك الطبيعية. فلذا تتوقف على الرشد بمعناه الفقهي الذي شرحناه.

وبذلك ينجلي الموضوع، وتتوافق النصوص ويندفع كل إشكال.

(١) كما في تحديد سن البلوغ، إذ يعتبر من يتم الخامسة عشرة بالغاً حكماً دون حاجة إلى إثبات بلوغه فعلاً (ر: ف ٦٣/ ٢).

على أنَّ نصوص الشريعة ودلائل أحكامها تدلُّ على أنه: **لا يعتبر رشد قبل البلوغ**. فالبلوغ شريطة مبدئية كنقطة ارتكاز للانتقال من طور القصور إلى طور الرشد. وقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يتخلَّف عنه. فتتبع دلائل وجود الرشد اعتباراً من البلوغ. ولذا جاء نص القرآن في هذا المقام بمبدأ عام ثابت وهو ربط كمال أهلية الشخص بإيناس رشده بعد البلوغ كما تقدم، في قوله تعالى:

﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [سورة النساء ٤/٦].

أما تحديد سن لهذا الرشد فتركته الشريعة لولاة الأمر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية في المصالح المرسلة.

ومن ثم اختلفت الاجتهادات في مدى انتظار الرشد: فذهب أبو حنيفة إلى انتهاء الولاية المالية على الشخص وإطلاق التصرُّف له بمجرد بلوغه، ولو سفيهاً مِتْلافاً. لكن أمواله إذا بلغ سفيهاً يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب عملاً بظاهر النص القرآني في عدم تسليمه ماله حتى يرشد؛ ولكنه لا ينتظر أكثر من تمام الخامسة والعشرين من عمره. فإذا أتمها يسلم إليه ماله ولو ظلَّ سفيهاً. ولا يجوز في نظره الحجر على الكبير إلا بسبب العته أو الجنون، لأنَّ في سلب أهليّة الإنسان الحر العاقل ضرراً معنوياً بكرامته يفوق ضرره المالي الذي يراد اتقاؤه بالحجر عليه.

ولكن جمهور الفقهاء وصاحبي أبي حنيفة قد ذهبوا إلى خلاف ذلك، فقرروا وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص إذا بلغ غير رشيد حتى يُؤنس منه الرشد دون تحديد سن معيَّنة للانتظار، وفقاً لظاهر النص القرآني السالف البيان، بحجة أنَّ منع ماله عنه يستلزم حجره عن التصرُّف القولي فيه كما تقدم، وإلا لم يكن لحبس ماله عنه فائدة.

وقرروا أيضاً وجوب إعادة الحجر عليه بحكم قضائي إذا ظهر منه سَفَهٌ وتبذير بعد الرشد، معتبرين أنَّ ضرر السفه عام لا خاص.

قال أبو بكر الجصاص:

«إنَّ ضرر السفيه يَسْري إلى الكافة، فإنَّه إذا أفنى ماله بالتبذير صار وبالاً وعيالاً على الناس وبيت المال».

وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي نفسه، وعليه العمل والمجلة. غير أنَّ أبا يوسف يشترط لحجر السفيه أن يقضي به القاضي ولو كان سفهه أصلياً منذ البلوغ. (ر: المجلة/٩٥٨ و ٩٨١ ـ ٩٨٤/، وكتاب الحجر في رد المحتار ٥/ ٩٤ ـ ٩٥ وفي غيره من الكتب الفقهية، وكشف الأسرار شرح أصول البزدوي ٤/ ٣٧١ ـ ٣٧٤).

٦/٦٤ ـ تحديد سنّ الرشد في القوانين:

كان في التشريع الروماني سنٌّ محددة للرشد الذي يخرج به الإنسان من نطاق الحجر الطبيعي القانوني، ويتمتع فيه بأهليّة التصرُّف كاملة. وكانت لديهم هذه السن في بداية الأمر أربع عشرة سنة في الذكور، واثنتي عشرة في الإناث (أي سن البلوغ الفعلي تقريباً)، لأنَّ الأخلاق كانت ساذجة، وروابط الأسرة ومراقبتها قوية الإحاطة بالناشئين. فلا حاجة للإبطاء في منحهم الأهلية الكاملة.

فلما ازدحم المجتمع، وتشعبت الأعمال، وطغت الأطماع، وضعفت روابط الأسرة، ظهرت للتعجيل بمنح الأهلية مضارٌ اضطرتهم إلى تأخيره حتى سن الخامسة والعشرين.

وبعض الشرائع القانونية الحديثة حَدَّدت سنَّ الرشد بتسع عشرة سنة، وبعضها بإحدى وعشرين. واختار القانون المصري سابقاً ثماني عشرة سنة. ثم رفعت إلى إحدى وعشرين (ر: شرح القانون المدني المصري القديم للأستاذ فتحي زغلول باشا ص/٢٨).

٧/٦٤ ـ ومن الواضح أنَّ رفع سن الرشد إلى حدّ معيَّن بعد البلوغ هو اليوم مما تقتضيه المصلحة. فقد تعقدت المعاملات وإجراءاتها،

وتشعَّبت كثيراً، وتدهورت الأخلاق العامة، وكثر تفنُّن المحتالين في سلب أموال الناس. فأصبح لا بد من زيادة الاحتياط في حماية الناشئين، وصيانة ذممهم وأموالهم، بتحديد سن الرشد في حد مرتفع. وهذا لا ينافي الشريعة الإسلامية الحكيمة، بل يوافق مبادئها وفقهها في رعاية المصالح كل الموافقة. (ر: رسالة الأهلية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص/ ٢١).

سن الرشد القانونية في سورية

٨/٦٤ ـ (أ) ـ قبل القانون المدني الجديد:

في سنة ١٢٨٨ هـ من العهد العثماني صدرت إرادة سلطانية سنية تمنع القضاة من سماع دعوى الرشد وإثباتها ممن لم يتم العشرين من عمره، نظراً للمصلحة الزمنية التي توجب رفع سنّ الرشد إلى حد تتوافر فيه الخبرة في الشؤون المالية[1].

ثم صدرت مجلة الأحكام العدلية بالإرادة السلطانية المؤرخة في ٢٣ من شعبان سنة ١٢٩٣ هـ، فأجازت المواد /٩٨١ ـ ٩٨٣/ منها للصغير إذا بلغ أن يثبت رشده منذ بلوغه، وحينئذ يسلِّمه الوصي أمواله.

وقد جرت المجلة في ذلك على أصل الحكم الشرعي، لأنَّ اللجنة التي كلفت وضعها إنما مَشَت على تقنين الأحكام الشرعية الأصلية بناء على الاجتهاد الحنفي، تاركة أمر المصالح للأوامر السلطانية.

٩/٦٤ ـ وبذلك نسخت المجلة حكم الإرادة السلطانية السابقة في تحديد سنّ الرشد بعشرين عاماً، ورجعت به إلى حدِّ البلوغ الطبيعي، ولكنها لم تجعل البلوغ قرينة شرعية (قانونية) كافيةً لاعتبار الشخص رشيداً إلى أن يثبت سفهه ويقضي عليه بالحجر، بل جعلت الشخص بالبلوغ قابلاً لأن يكون رشيداً. فعليه إثبات رشده ليصبح كامل الأهلية.

---

(١) ترى هذه الإرادة السنية في شرح المادة /٩٨٣/ من المجلة من شرح العلامة علي حيدر، وشرح الأستاذ سليم رستم الباز (الطبعة الثانية).

ثم صدر في ٤ من ربيع الأول سنة ١٣٢٤ هـ نظام إدارة أموال الأيتام (الذي لا يزال بعض أحكامه نافذاً في سورية إلى اليوم) فنصَّت المادة/ ٥٩ منه على أنه:

«بعد أن يكمل الأيتام سنَّ العشرين تنظم المحكمة الشرعية حجة بذلك، وتبرَز لمديري الأيتام، وبعد إجراء المعاملة اللازمة تسلَّم إليهم أموالهم التي في الصندوق»...

وهذا كما ترى عودة قانونية من السلطان العثماني إلى تحديد سن الرشد بالحد الذي كانت قررته الإرادة السنية السلطانية سنة ١٢٨٨ هـ، وهو تمام العشرين عاماً. ذلك لأنَّ التعبير القانوني «بتسليم المال إلى الأيتام بعد إكمالهم عشرين عاماً، أو «بعدم تسليمهم أموالهم قبل هذه السن» يستلزم نفي إمكان رشدهم قبلها، ويساوي التعبير «بعدم كمال أهليتهم قبل سن العشرين».

فقد أسلفنا أنَّ منع تسليم المال إلى صاحبه الناشىء قبل إيناس رشده يستلزم منع نفاذ تصرُّفاته القولية (ر: ف ٦٤/٢). ولا يعقل في المنطق التشريعي خلاف ذلك؛ وإلا استطاع الشخص أن يتصرَّف بجميع أمواله ويبددها بكلمتين عن طريق التعاقد أو الإقرار، فلا يكون عدم تسليمها إليه مانعاً من إتلافه لها، إذ يتسلمها غرماؤه الدائنون له بدلاً منه[1].

---

* (١) أثناء الطبعة الثالثة من هذا الكتاب اطلعت على ما كتبه الأستاذ المحامي الدكتور صبحي المحمصاني من بيروت عن الأهلية في الجزء الثاني من كتابه القيم الذي ظهر حديثاً باسم «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» ونقلته عنه المجلة القضائية البيروتية في العدد الثالث من السنة /٢٨/ فإذا به يقرر انفكاك التلازم بين كمال أهلية التصرُّف وتسليم المال: فإنه بعد أن حكى اختلاف الاجتهادات في ارتفاع الحجر عن الصغير بمجرد البلوغ أو بظهور الرشد بعد البلوغ، نقل ما جاء في المادة /٩٨٢/ من المجلة ونصها: =

٦٤/١٠ ـ (ب): بعد القانون المدني الجديد:

جاء القانون المدني السوري الذي صدر سنة /١٩٤٩م ونحن نجِّدد طبع هذا الكتاب، فحددت المادة /٤٦ منه سنَّ الرشد بتمام **ثماني عشرة سنة شمسية كاملة**[1]؛ وصرَّحت بأنَّ كل شخص متى أتمها وهو متمتع بقواه العقلية، ولم يحجر عليه حجراً قضائياً، فإنه يصبح «**كامل الأهلية لممارسة**

= «إذا بلغ الصبيُّ غير رشيد فلا تدفع إليه أمواله مالم يتحقق رشده، ويمنع من التصرُّف».

ثم قال مستنتجاً:

«فإذن يرتفع الحَجْر عن الصغير بالبلوغ، إلا أن يحجر عليه القاضي إذا استبان عدم رشده، ولكن أمواله لا تدفع إليه إلا بعد ثبوت الرشد. فالأهليّة شيء وتسليم المال شيء آخر».

(ر: الكتاب المذكور ج ٢ ص /١١٣ ـ ١١٤).

وقد سبَقَتْهُ إلى هذا الفهم محكمة التميز السورية بقرارها المؤرخ في ١٤ من شهر شباط /١٩٣٣ م، فنقضت به حكماً للمحكمة الشرعية يقضي برد دعوى إثبات الرشد لعدم إكمال المدعي سن العشرين، وعللت النقض بمثل هذا التعليل!!

ومما أسلفنا بيانه يظهر الخطأ جليّاً في هذا الفهم، لأنه مبنيٌّ على انفكاك التلازم بين حَجْر المال وحجر التصرُّف فيه، وكذا بين كمال الأهلية والرشد؛ بحيث يعتبر الشخص كامل الأهلية بمجرد البلوغ ولكن يحبس عنه ماله حتى يثبت رشده، على أساس أنَّ تسليم المال تابع لثبوت رشده، وأن الرشد غير كمال الأهلية!

وشبهة الأستاذ المحمصاني في هذا ناشئة من نص المادة /٩٨١/ من المجلة، ونصها كما نقله في مطلع بحثه هو كما يلي:

«لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه، بل يجرّب بالتأني، فإذا تُحقِّق كونه رشيداً تُدفع حينئذ إليه أمواله».

ولا يخفى أن معنى هذه المادة هو أنه لا يعتبر الصبي رشيداً كامل الأهليّة بمجرد بلوغه، بل تجب تجربته واختباره، وليس معناها أنه يمنع عنه ماله رغم اعتباره بمجرد البلوغ رشيداً كامل الأهلية.

(١) يعبِّر القانون المدني هنا وفي جميع المواطن الأخرى عن السنة الشمسية بلفظ **«سنة ميلادية»** وهو تعبير غير صحيح، لأنَّ لفظ **(ميلادية وهجرية)** إنما يدل لغة على مبدأ الحساب السنوي للتاريخ، لا على نوع السنة من كونها شمسية أو قمرية، وإن كان الواقع أنَّ التاريخ الميلادي المسيحي محسوب بالسنة الشمسية، والتاريخ الهجري الإسلامي بالسنة القمرية، لأنَّ هذا الواقع مصادفة لا لغة.

حقوقه المدنية».

وقانوننا بهذا التحديد قد خالف أصله المنقول عنه، وهو القانون المصري الجديد الذي حافظ على ما كان في التقنين المصري القديم من تحديد سنِّ الرشد بإحدى وعشرين سنة.

ووجهة النظر في إنزال قانوننا السوري سنَّ الرشد إلى الثامنة عشرة هي أنَّ هذه السن، بمقتضى قانون الموظفين العام لدينا، تؤهِّل الشخص لتولي الوظائف العامة في الدولة، فلا يعقل أن يتولى شخص عملاً من أعمال الدولة العامة وهو لا يزال قاصراً محجوراً عن التصرُّف في حقوقه وأمواله الخاصة.

وأخيراً صدر في سورية قانون الأحوال الشخصية الجديد سنة ١٩٥٣م فأقرَّت المادة/ ١٦٣/ منه تحديد سن الرشد بثماني عشرة سنة شمسية كاملة، وفقاً للقانون المدني.

٦٤/ ١١ ـ هل يحتاج التحرر من الولاية بعد سن الرشد إلى دعوى وقضاء؟

ويجب أن يلحظ في هذا المقام أنه بمقتضى نص المادة /٤٦/ المذكورة من القانون المدني السوري والمادة/ ١٦٣/ من قانون الأحوال الشخصية الجديد يعتبر الرشد ثابتاً للشخص حكماً وتكمل أهليته للتصرُّف، ويتحرر من تحت الولاية أو الوصاية، بمجرد إتمامه الثامنة عشرة من عمره، **وهو سليم العقل**، دون حاجة إلى ادعاء وقضاء بهذا التحرر.

فالشخص الناشىء يكون محجوراً لقصوره **حجراً طبيعياً** بحكم القانون، فيتحرر في سن الرشد **تحرراً** عفوياً أيضاً بحكم القانون لزوال الموجب، ما لم يكن مختل العقل، أو يلق عليه حجر قضائي قبل ذلك بسبب آخر (كالسَّفه) يمنعه من هذا التحرُّر.

فالأصل ارتفاع الحجْر الشرعي الناشىء عن القصور بمجرد بلوغ سن الرشد ما لم يمنع من ذلك مانع.

وهذا هو المعقول خلافاً لما كان عليه التعامل في الدوائر القضائية والعقارية لدينا قديماً من أنه يُشترط لتحرر الشخص من الولاية أو الوصاية، ولتسليمه أمواله بعد بلوغه سن الرشد، أن يثبت رشده أمام القضاء ويقضي له بذلك.

ولكن محكمة التمييز السورية في اجتهادها الأخير قد ردَّت هذه القضية إلى جادة الصواب، فقررت أنَّ الحجر الطبيعي الناشىء عن الصغر يرتفع بالكبر، ويملك الشخص كمال أهلية التصرف دون حاجة إلى ادعاء وقضاء[1].

أما إذا بلغ الشخص سنَّ الرشد مجنوناً أو معتوهاً فإنَّ الحجر الطبيعي الذي كان فيه بسبب الصغر يستمر في تشريعنا السوري دون حاجة إلى حَجْر قضائي جديد. وهذا مقتضى المادة /٤٦/ من القانون المدني الجديد، والفقرة الرابعة من المادة /١٦٣/ من قانون الأحوال الشخصية الجديد[2].

---

(١) على أن اشتراط الادعاء والقضاء لأجل التحرُّر من تحت الحجر والوصاية الناشئين عن الصغر يؤدي إلى نتيجة غريبة، فإنَّ الشخص الذي لا يطلب إثبات رشده أمام القضاء قد يبلغ الشيخوخة ويصبح من أقطاب العلم أو السياسة وهو في نظر دوائر الدولة قاصرٌ محجور.

(٢) المادة /١١٥/ من القانون المدني السوري تعتبر المجنون والمعتوه أهلاً للتعاقد قبل أن يحجر عليهما حجراً قضائياً ويشهر الحجر وفقاً للإجراءات الرسمية للشهر، إلا أن تكون حالة الجنون أو العَتَه شائعة عنهما وقت التعاقد، أو يكون المتعاقد معهما على علم بها.
والمادة /١١٥/ هذه فيها تقييد لإطلاق المادة /٤٦/ التي تشترط لتمتع الشخص بكمال الأهليّة أن يكون قد بلَغَ سنَّ الرشد **متمتعاً بقواه العقلية**، فإنَّ المفهوم المخالف لهذا النص أنَّ الشخص إذا بلغ سنَّ الرشد غير متمتع بقواه العقلية لا يكون كامل الأهلية.
وبذلك يكون حكم المادة /١١٥/ من القانون المدني غريباً، لأنه يقضي بصحة عقود المجنون والمعتوه قبل الحجر القضائي عليهما رغم ثبوت الجنون أو العته وقت التعاقد.
لذلك جاءت المادة /١٦٣/ من قانون الأحوال الشخصية الجديد الصادر بعد القانون المدني لدينا مصرحة باستمرار الولاية على من بلغ سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً دون حاجة إلى حكم قضائي، ولم تشترط أن يكون جنونه أو عتهه شائعاً. فكانت بذلك ناسخة للقيد الوارد في المادة /١١٥/ المذكورة ومتفقة مع إطلاق المادة /٤٦/ من القانون المدني.

وهذا بخلاف ما لو بلغ الشخص سنَّ الرشد وهو سليم العقل، لكنه سفيه مبذِّر لماله، فإنه يعتبر كامل الأهلية ما لم يحجر عليه قضائياً للسفه.

ومتى كان الحجر قضائياً محكوماً به على الشخص الكبير، سواء أكان ذلك بسبب جنون أو عَتَه طارِئَين بعد الرشد، أو بسبب السَّفَه، فإنَّ الحجر القضائي السابق لا يرتفع ولا يعود للشخص كمال أهلية التصرُّف إلا بحكم قضائي مبني على زوال سبب الحجر السابق.

(ر: قرار محكمة التمييز السورية الصادر في ٨ نيسان ١٩٣١ رقم/ ٣٧).



الفصل الخامس والستون

عوارض الأهليّة

١/٦٥ ـ إنَّ جميع ما تقدم من مراحل الأهلية وقواعدها وأحكامها بحسب أطوار نشأة الإنسان إنما هو بناء على الحالة الطبيعية التي يكون فيها الشخص سليم النشأة.

غير أنه قد يطرأ على الأشخاص عوارض جسمية أو عقلية، كمرض الموت، والجنون، يعتبر لها في أهليتهم تأثير كلي، أو تأثير جزئي ينقص منها نقصاً تتفاوت درجاته بحسب نوع العارض وطبيعته.

هذه العوارض يقسِّمها علماء أصول الفقه إلى قسمين: **سماوية، ومكتسبة**.

فالعوارض السماوية هي ما ليس للشخص اختيار في إيجادها. والمكتسبة هي ما يكون له في تحصيلها اختيار[١].

ويعدُّ من العوارض السماوية ستة عوارض: الجنون، والعته، والإغماء، والنوم، ومرض الموت، والرق.

ويعدُّ من العوارض المكتسبة: السكر، والسفه.

ونحن نضيف على هذه العوارض المكتسبة عارضاً آخر هو المديونية بدين مستغرق، أو: **الإفلاس**[٢].

---

(١) ليس لهذا التقسيم ثمرة تنشأ عنه في الأحكام، وإنما هو فيما يظهر لمجرد الترتيب.

(٢) إنَّ فقهاءنا لم يكونوا يذكرون هذه المديونية بين عوارض الأهلية، لأنَّ الدَّين، ولو مستغرقاً لم يكن يعتبر في أصول المذاهب والنظريات الفقهية مانعاً من تصرُّف المدين بأمواله، ثم أفتى المتأخرون بأنه مانع، كما سلفت إشارة إليه في الفقرتين ٧/١٥ و٦/٣٨ وسنوضحه هنا قريباً. فلذا وجب عده الآن من عوارض الأهلية.

والفرق بين العته والجنون أنَّ العَتَه **ضعفٌ في العقل** ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك. أما الجنون فهو **اختلال في العقل** ينشأ عنه اضطرابٌ أو هيجان.

وقد اختلفوا في العته والجنون هل هما درجتان متفاوتتان من جنس واحد، أو هما حقيقتان مختلفتان؟ وعلى كل يتميّز المعتوه عندهم بالهدوء في أوضاعه بالنسبة إلى المجنون[1]. (ر: أصول فخر الإسلام البزدوي، وشرحه الكشف ٤/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥، ورد المحتار في كتاب الحجر، ورسالة الأهلية للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص٢٣ ـ ٢٧).

٦٥/ ٢ ـ في أيِّ الأهليَّتَين تؤثِّر هذه العوارض؟

قدَّمنا فيما سلف من مباحث الأهلية أنَّ أهلية الوجوب مناطها الصفة الإنسانية دون العقل. فلكل شخص منذ ولادته أهلية وجوب كاملة يصلح بمقتضاها لثبوت الحقوق له وعليه، وللجنين في رحم أمه أهليَّةُ وجوب ناقصة يصلح بمقتضاها لثبوت بعض من الحقوق له لا عليه (ر: ف ٦٠/ ٣ ـ ٦٠/ ٤).

أما أهلية الأداء فمناطها العقل. فلذا لا تبدأ في الشخص حتى يصبح له تمييز.

يتَّضح من ذلك أنَّ هذه العوارض ينحصر تأثيرها في أهلية الأداء دون أهلية الوجوب، لأنَّ هذه العوارض مهما كان لها في حالة الشخص وفي ملكاته العقلية من تأثير لا تسلب عنه الصفة الإنسانية، ولا تجعله أدنى حالة من الطفل الوليد.

---

(١) المبدأ العام في المجنون أنه يعتبر كالصغير غير المميز في جميع أحكامه. أما المعتوه فقد اعتبره الاجتهاد الحنفي في حكم الصغير المميِّز، فتخضع تصرفاته للتفصيل بحسب التقسيم الثلاثي المتقدم في طور التمييز (ر: المجلة / ٩٧٩ ـ ٩٨٠).

لكن الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله قد حقق في رسالة الأهلية وقرر أنَّ المعتوه على درجتين: مميِّز، وغير مميِّز، وأن هذا الثاني كالمجنون في الأحكام (ر: رسالة الأهلية ص/ ٢٦) وعلى هذا جاءت المادة /٤٧/ من القانون المدني الجديد.

وإن لكل عارض من عوارض الأهلية تأثيراً خاصاً تنشأ عنه أحكام استثنائية لتصرُّفات الأشخاص الذين يعتريهم العارض، تستثنى من الأحكام الشرعية العامة التي تسري على سواهم:

فبعض هذه العوارض يزيل أهلية الأداء بتاتاً، كالجنون وبعضها ينتقص منها، ويتركها قاصرة الحدود، كمرض الموت.

والمبدأ العام في تأثير كل من هذين النوعين من عوارض الأهلية هو أنَّ العارض المزيل للأهلية يرد الشخص إلى نظير طور الطفولة السابق؛ وأنَّ العارض المنتقص يرد الشخص إلى نظير طور التمييز، فتثبت له أحكام المميز.

٣/٦٥ ـ هذا تعريف وتقسيم وعرض إجمالي لعوارض الأهلية، أما تفصيل آثار كل من هذه العوارض وأحكامه فإنه يخرج عن غرض بحثنا هنا، وهو مبسوط في كتب أصول الفقه وفروعه، فتذكرها كتب الأصول في بحث الأهليّة وعوارضها من مباحث **المحكوم عليه**[1]، وهو الشخص المكلَّف المخاطب بالأحكام الشرعية. وتذكرها كتب الفروع متفرقةً بمناسباتها المختلفة في الأبواب الفقهية، كما في كتاب الطهارة، والصلاة، والطلاق، والحجر، وغيرها.

وقد تكفل أيضاً العلامة زين العابدين ابن نُجيم ببيان كثير منها في «فن الأحكام» من كتابه «الأشباه والنظائر» وهو الفن الثالث منه.

على أننا سنخصُّ من هذه العوارض عارضَيْن بشيء من الإيضاح فيما يلي، وهما: **مرض الموت** من العوارض السماوية، **والمديونية** من العوارض المكتَسَبة:

---

(١) الشخص في اصطلاح أصول الفقه الإسلامي يوصف بأنه محكوم عليه لأنه خاضع للأحكام الشرعية الإلزامية التي يلزمه بها الشارع الحاكم.

٦٥/ ٤ ـ مرض الموت: تعريفه ونظريته:

تعريفه:

مرض الموت: هو المرض الذي يعجز الرجل عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت، ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حالٍ واحدة من غير ازدياد.

فلا فرق بين أن يلزمه الفراش أو لا، ولا فرق أيضاً بين أن يموت الإنسان من نفس المرض أو يموت بسبب آخر في خلال المرض.

فلو لم يتصل به الموت، بل شُفي منه ثم مات، لا يكون المرض السابق مرض موت، بل حكمه كحكم الصحة.

وكذا لو استمر سنة فأكثر على حال واحدة لا يتزايد فإنه عندئذ يعتبر حالة مزمنة حكمها كحكم الصحة. أما إذا كان يتزايد ولو تزايداً بطيئاً خفيفاً فإنه يُعتبر مرض موت من أوله ولو دام سنين كثيرة.

وإذا استمرَّ سنة فأكثر دون تزايد، ثم تزايد، واتَّصل به الموت، اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده (المجلة/ ١٥٩٥).

ويلحظ في الاصطلاح الشرعي أنه حيثما أطلق الفقهاء لفظي **«المريض والصحيح»** فإنما مرادهم بالمريض من هو في مرض الموت، وبالصحيح من ليس في مرض الموت، سواءٌ أكان غير مريض أصلاً أو مريضاً بغير مرض الموت. فهم عند الإطلاق إنما يريدون المرض والصحة الشرعيين اللذين تختلف بينهما الأحكام، لا معناهما اللغوي.

وهذا من قبيل إطلاق الأعم على الأخص في **«المريض»** وإطلاق الأخص على الأعم في **«الصحيح»**.

نظرية مرض الموت:

إنَّ النظرية الشرعية في مرض الموت ترتكز على اعتبار أنَّ هذا

المرض إنذار بحادثة الموت التي تنتهي بها الشخصية والأهليَّة، ويرتِّب الشرعُ عليها أحكاماً جديدة: منها الإرث، وحلول الديون التي على الميت إذ ينتقل تعلقها من ذمَّة المدين إلى أمواله لخراب ذمته بالموت، فتصبح تركته كالمرهونة شرعاً بالديون.

فمرض الموت مقدِّمة إنذارية لنتيجتين حقوقيتين سلبية وإيجابية سيكون حادث الموت المنذر به سبباً لهما:

١ ـ فهو مقدِّمة لزوال شخصية المريض وانسلاخ أهليته وملكيته.

٢ ـ وهو أيضاً مقدِّمة لثبوت الحقوق العينية في أموال المريض لمن ستنتقل إليهم هذه الأموال بعد موته من دائنين أو ورثة. ففي مرض الموت بدءُ ذاك الزوال وهذا الثبوت معاً، صيانة للحقوق التي أثبتها الشرع في التركة لهاتين الزمرتين (الدائنين، والورثة).

وينشأ عن ذلك أنَّ الديون تصبح متعلقة بمال المريض وذمته جميعاً، بعد أن كانت متعلِّقة قبل المرض بذمته فقط، وذلك لعجزه عن السعي والاكتساب، فتضعف ذمته، فيضمُّ إليها ماله توثيقاً.

والشرع قد أطلق للإنسان أن يتصرَّف بثلث ما سيتركه من مال، تصرُّفاً مضافاً إلى ما بعد موته بالوصيَّة ونحوها فيما يشاء من وجوه الخير التي يبتغي بها ثواب الآخرة.

وقد ألحق الشرع حالةَ المرض الأخير من هذه الناحية بالموت. فالتصرُّف خلالها بالتبرع وما في حكمه، ولو مُنْجَزاً، يُعتبر كالتصرُّف المضاف إلى ما بعد الموت.

فمن هنا يعتبر المريض بمرض الموت محجوراً بالنسبة إلى الدائنين حَجْراً عاماً مطلقاً غير مقيَّد بحد محدود من ماله، ومحجوراً بالنسبة إلى الورثة حجراً محدوداً بثلثي ماله.

وعلى هذا، فالمريضُ بمرض الموت إما أن يكون مديناً أو غير مدين.

أ ـ فإذا كان المريض مديناً بدين مستغرق (أي محيط بكل ماله) فإنه يعتبر محجوراً عن كل تبرع أو وقف باتفاق الفقهاء. فإذا تبرَّع بأيِّ صورة كانت ولو بطريق البيع بثمن بخس (أي بمحاباة في الثمن)، أو وقف شيئاً من أمواله، كان تصرُّفه غيرَ نافذ، بل يتوقف على إجازة الغرماء الدائنين، فإن رفضوه بَطَل، وإن أجازوه نَفَذ.

وإن كان دَيْن المريض غير مستغرق، فإنَّ للورثة وللوصية عندئذ ما يزيد عن وفاء الدين. فينفذ تبرُّع المريض كما تنفذ وصيته في ثلث الباقي بعد وفاء الدين. فإن زاد تبرُّعه على ثلث الباقي توقَّف الزائد على إجازة الورثة.

ب ـ وإذا كان المريض غير مدين فإنَّ تبرعاته جميعاً، من هبة أو وقف أو وصية أو غير ذلك بأيِّ أسلوب كان، تُراعى فيها قاعدتان يجب تطبيقهما معاً:

الأولى: أنَّ تبرع المريض بمرض الموت مُقيَّدٌ نفاذه بثلث ماله. ففيما يزيد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

والثانية: أنَّ تبرع المريض لأحد ورثته لا ينفذ، بل هو موقوف على إجازة باقي الورثة مهما قلَّ مبلغه، سواءٌ أكان يخرج من ثلث التركة أم لا. وذلك لقول الرسول عليه الصلاة والسلام بعد نزول آية المواريث:

«ألا إن الله قد فرض لكل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث»[1].

وهذا الحكم من قبيل سد الذرائع الذي تقدَّم إيضاحه في بحث الاستصلاح (ف ٥/٧)، كي لا يُتَّخذ من طريق الوصية لأحد الورثة سبيل لتفضيله على غيره في الحصة الإرثية، فتزرع بذلك أحقاد دائمة بين أفراد الأسرة.

---

(١) رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه من حديث أبي أمامة (ر: التلخيص الحبير ٣/ ٩٢).

٦٥/ ٥ ـ المديونيّة:

الديون التي تركب الشخص مهما كان مبلغها، سواءٌ أكانت مستغرقة لماله أم لا، لم يكن لها في أصل النظر الفقهي لدى معظم فقهاء الشريعة تأثيرٌ في أهليَّة المدين للتصرُّف بأمواله.

وذلك لأنَّ الديون إنما تتعلق بذمّة المدين[1] لا بعين ماله. فيبقى ماله حراً غير مثقل بحق لأحد. فتبقى أهليته للتصرف فيه كاملة غير منقوصة، فتنفذ تصرُّفات المدين في جميع أمواله. والإنسانُ بفعاليته الاقتصادية قد ينمي ما تحت يده من مال بحسن الاستثمار والتصرُّف، فيفي ديونه ويبني ثروة، وينقلب من إفلاس إلى ثراء.

وسيأتي مزيد بسط وتعليل لهذا النظر الفقهي في الجزء الثالث من هذه السلسلة الفقهية تحت الكلام على نظرية «الذمّة».

(ر: فتح القدير شرح الهداية للكمال ابن الهمام في كتاب الوقف ٥/ ٤٢٤، والإسعاف باب ألفاظ الوقف وأهله ومحله، ورد المحتار ٣/ ٣٩٥).

لكن الناس، على تمادي الزمن، اتخذوا من هذا الحكم منفذاً للاحتيال، وذريعةً يلجأ إليها المدينون لتهريب أموالهم، مستفيدين من هذا الحق في التصرُّف. فأصبح المدين بدافع الكيد للدائن يقف أمواله على جهات خيرية أو على ذريته ومن بعدهم على جهة خيرية، أو يهبُ أمواله لمن يثق بهم من أقاربه أو أصدقائه، أو يبيع أمواله بثمن بخس يحابي فيه المشتري. كل ذلك لكي يخرج أمواله عن مُلكه إلى مَنْ يثق بهم كي يمنع الدائن من تحصيل دينه.

فلما لحظ المتأخرون من الفقهاء ذلك، اتجهوا إلى سد هذه الذريعة، فأفتوا بأنَّ المدين بدين مستغرق، ولو كان غير محجور عليه من قِبَل القاضي، إذا تصرَّف تصرُّفاً يؤدي إلى تهريب أمواله من وجه الدائنين، كما لو وَهَبَ ووقف أمواله كلها أو بعضها، فإنَّ تصرفه لا يكون نافذاً، بل يتوقف على رضا الدائنين،

---

(١) تقدم بيان معنى «الذمة» فلينظر (ف ٥٩/ ١٠).

صيانةً لحقوقهم: فإن أجازوه نفذ، وإن رفضوه بَطَل.

ومعنى هذا أن المديونية أصبحت تنتقص من أهلية التصرف في المدين، وتجعله محجوراً حجراً عفوياً كالصغير المميز، وبذلك أصبحت المديونية عارضاً من عوارض الأهلية.

بهذا أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنبلي استحساناً على خلاف القواعد القياسية التي كان عليها الحكم في أصل المذهب (ر: القواعد لابن رجب تحت القاعدة ١١ ص ١٤).

ثم تبعهم في هذا الإفتاء فقهاء المذهب الحنفي، فأفتى المولى أبو السعود مفتي الروم بعدم نفاذ **وقف المدين** إلا فيما يزيد عن وفاء الدَّين من أمواله، واستصدر بذلك أمراً سلطانياً وسجله في «**معروضاته**» وأقرّه فقهاء عصره ومن بعدهم[1]. (ر: ف ٦/١٥ و٣٨/٥ النوع الرابع).

---

(١) أبو السعود هو محمد بن محمد العمادي من أهالي «أسكليب» وهي قرية من نواحي بلاد الروم. ولذا يلقَّب: مفتي الروم. انتهت إليه في حياته رئاسة المذهب الحنفي في عهد السلطان سليم وسليمان، وكان المفتي العام للدولة العثمانية، وقاضي القسطنطينية وبروسه.

عاش محترماً معظَّماً مدة حياته. وكان يجتهد في بعض المسائل وله آراء انفرد بها، وتبعه فيها فقهاء عصره فمن بعدهم. وله شعر جيد، وتفسير للقرآن مشهور. توفي سنة ٩٨٢هـ (ر: شذرات الذهب لابن العماد في وقائع سنة ٩٨٢ ج٨ ص/٣٩٨).

ومعروضاته المذكورة تتضمن ما أفتى به من هذه الآراء الجديدة، مما فيه تقييد لنص مطلق، أو تعديل لحكم فقهي اجتهادي بناءً على اختلاف الزمان ومقتضيات المصلحة، مما عرضه على السلطان فأصدر أمراً إلى القضاة أن يعملوا به، فصار له قوة القانون، كقضيَّة عدم نفاذ وقف المدين المذكورة (ر: ف ٢٩/ ٤ الحاشية، والدرّ المختار، ورد المحتار كتاب الوقف ٣/ ٣٩٥). ومعروضاته هذه مكتوبة باللغة التركية.

وقد وضع العالم الألماني بولص هورستير Horster رسالة عن (الفقه الإسلامي في القرن السادس عشر الميلادي) وعن معروضات شيخ الإسلام أبي السعود، ونشر هذه الرسالة باللغة الألمانية سنة /١٩٣٥/ وقدَّمها لجامعة بون، وطبعت في مدينة «شتوتكارد» (ر: كتاب «تاريخ آداب اللغة العربية» للعلامة بروكلمن الألماني في الأصل ج٢ ص /٥٨٠/ وفي الذيل ج٢ ص /٦٥١).

ونرى أن فتواهم هذه بعدم نفاذ **وقف المدين** إلا في الجزء الزائد من أمواله عن وفاء الدين يدل على أنَّ غير الوقف من التصرُّفات المضرة بحقوق الدائنين (كالهبة والبيع مع المحاباة في الثمن) حكمه كحكم الوقف في عدم النفاذ بطريق الأولوية. وإنما نصَّ فقهاء الحنفية على الوقف لأنه هو الطريقة التي شاعت إذ ذاك في تهريب المديونين لأموالهم. فإذا شاع لجوء المديونين إلى تصرُّفات تهريبية أخرى كالبيع والهبة، كما في زماننا اليوم، شملها أيضاً حكم عدم النفاذ لأنَّ العلة واحدة في الوقف وغيره. وهذا التعميم هو ظاهر نصوص المذهب الحنبلي والمالكي أيضاً[١].

٦/٦٥ ـ تنبيه مهم:

اعتاد المؤلفون في العرض الفقهي التقليدي لعوارض الأهلية أن يضيفوا حالات أخرى كثيرة غير التي ذكرنا في هذا الفصل. ولنا على ذلك مآخذ نبيِّنها في الملحق الأول لهذا الباب الثامن. وهو يلي الفصل ٦٦ مباشرة.

---

(١) الفقه الأجنبي الحديث قد أقرَّ أيضاً هذا المبدأ الذي قرره الفقه الإسلامي. فإنَّ الفقه الأجنبي يعتبر تصرُّفات المدين المعسر في أمواله للإضرار بحقوق الدائنين غير نافذة عليهم. فلكل من الدائنين حق إقامة الدعوى بطلب عدم سريانها بالنسبة إليه. وبذلك جاءت المادة /١١٦٧/ من القانون المدني الفرنسي. ويسمون هذه الدعوى بالدعوى البولصية: Action paulienne نسبة إلى الذي قال بها. ويسميها القانونيون العرب: دعوى عدم نفاذ التصرُّفات.

ويقال إن أصلها لديهم يرجع إلى التشريع الروماني، ثم تطورت بعد ذلك إلى أحكامها الجديدة في الفقه الأجنبي وقوانينه (ر: كولان وكابيتان، ج ٢ ف/٤٣٧).

ولكن وجود هذه الدعوى في التشريع الروماني أصبح اليوم محل شك كبير لدى الباحثين المحققين (ر: «نظرية العقد» للأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري ف/٧٢٩/ الحاشية).



الفصل السادس والستون

الولاية
أو النيابة الشرعية

٦٦/ ١ ـ الإنسان قبل استكماله أهلية الأداء كلها يسمى: **قاصراً** سواءٌ أكان فاقداً هذه الأهلية كلها كالصغير غير المميز، أم كان ناقصها كما في المرحلة التي بين بدء سن التمييز والرشد، على ما سلَفَ بيانه.

والقاصر في جميع الأحوال محتاج إلى ما يقيم حياته كحاجة الكبير الراشد نفسه. ولكنه لا يستطيع أن يتدارك بنفسه هذه الحاجات لعجزه بتاتاً في دور الطفولة، ولضعفه جسماً وعقلاً في طور التمييز، مما أوجب نقصان أهلية الأداء المدنية فيه. فكيف تضمن حاجاته وصلاح حياته؟

لذلك اتفقت الشرائع السماوية والوضعية على طريقة وحيدة يمكن أن تتكفل بذلك، سميت في الاصطلاح باسم: **الولاية**.

وسنرسم بهذه المناسبة فيما يلي الخطوط الأساسية والمصور العام للولاية وأقسامها وأحكامها دون دخول في التفاصيل.

٦٦/ ٢ ـ تعريف الولاية، وشرح حقيقتها:

الولاية (بفتح الواو وكسرها) في اللغة بمعنى النصرة، وبمعنى السلطة وتولي الأمر.

ويراد منها عند الفقهاء: **قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية.**

فالولاية في جوهرها ضربٌ من النيابة التي بمعناها العام: **قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه**. فإنَّ النيابة تكون على شكلين: اختيارية، وإجبارية.

- فالاختيارية هي الوكالة التي موضوعها تفويض التصرف إلى الغير.

- وأما الإجبارية فهي الولاية التي يفوِّض فيها الشرع أو القضاء التصرُّف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص آخر. وذلك الوليُّ النائب يعتبر هو **الممثل الشرعي** للقاصر، فيقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة، من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق[١].

يتبيَّن من ذلك أنَّ النيابة بمفهومها العام أعم من الولاية، لأنَّ النيابة تكون عقدية، بمحض الاختيار وهي الوكالة التي تتمُّ بعقدٍ بين الموكِّل والوكيل، كما تكون النيابة شرعية أو قانونية يفرضها التشريع النافذ، وهي نيابة الولي على القاصر بحكم الشرع، أو تكون قضائية، وهي نيابة الوصي الذي ينصبه القاضي على القاصر لإدارة أمواله، أو نيابة القيِّم الذي ينصبه القاضي عن الكبير الغائب في بعض الحالات لإدارة أمواله.

٣/٦٦ ـ حكم الولاية وأثرها:

وإذا كانت الولاية نيابة جبرية كان من مقتضاها أن تستلزم حكماً عاماً

---

(١) يخرج عن هذا التمثيل مالا يقبل النيابة، مثل حلف اليمين، كما لو ادعى شخص حقاً في تركة ميت، وعَجَز عن الإثبات، فإنَّ له تحليف الورثة على عدم علمهم بالحق الذي يدعيه في تركة مورثهم. فلو كان الوارث صغيراً لم يصح تحليفه، ولا يقوم ممثله الشرعي من وليّ أو وصيّ مقامه في حلف اليمين، بل يؤخر تحليفه والقضاء في الدعوى حتى يبلغ الرشد، ويصبح أهلاً لليمين.

ومثله ما لو ادعى بحق على الصغير مباشرة واحتيج إلى تحليفه.

(ر: المجلة/ ١٧٤٥/ وشروحها للأتاسي والباز وعلي حيدر. وانظر أيضاً «معين الحكام» آخر القسم الخامس في اليمين ومن تتوجه عليه ص/ ٧٧).

هذا، ولمعرفة ما يقبل النيابة وما لا يقبلها من الأفعال ينظر كتاب الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٢٧ ـ ٢٤٠، والدر المختار أول «باب الحج عن الغير» من كتاب الحج ٢/ ٢٣٧.

فيها هو: أنَّ تصرفات الولي التي يقوم بها على حساب القاصر ولمصلحته نافذة على القاصر جبراً، إذا كانت مستوفية شرائطها الشرعية. فليس للقاصر بعد كبره ورشده أن ينقض منها شيئاً[1].

٦٦/ ٤ ـ الولاية على النفس، والولاية على المال:

والولاية تتضمن سلطة ذات فرعين:

ـ أحدهما: سلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه ونفسه، كالتزويج والتعليم والتطبيب والتشغيل.

ـ والآخر: سلطة على شؤونه المالية، من عقود وتصرُّفات وحفظ وإنفاق.

ومن ثم تقسم الولاية إلى نوعين: **ولاية على النفس، وولاية على المال.**

٦٦/ ٥ ـ من هو الوليُّ؟

يتَّضح مما تقدَّم أنَّ الولاية ذات ارتباط وثيق بنظام الأسرة ومصالحها، وأنَّ عمادها **حرص الولي وقدرته** على رعاية القاصر وصيانة حقوقه. فيجب أن يكون الولي ممن يتوافر فيهم هذا الحرص والقدرة في العادة.

ولذا كان الأصل في الولاية شرعاً أن يتولاها من الأسرة أقرب الناس نسباً إلى القاصر، كأب الصغير وابن المجنون.

وإذا كان الأب رب أسرته، وهو أحرص الناس عادة على أولاده ومستقبلهم، ويليه الجد أبو الأب في هذه العاطفة، أقرَّ الشرع للأب ومن

---

(١) ومن ثم يعرفون الولاية بأنها «تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى» (ر: تعريفات السيد الجرجاني، والدر المختار أول باب الولي في النكاح، ورسالة الأهلية للشيخ أحمد إبراهيم ص/ ٧٧).

وهذا تعريف غير سديد، لأنه يعرف الولاية ببيان حكمها لا بشرح حقيقتها فلذا عرفناها في الفقرة ٦٦/ ٢ تعريفاً آخر.

بعده للجد العصبي[١] (أبي الأب) ولاية تامة السلطتين الشخصية والمالية: وعند عدم الأب والجد العصبي تفصل ولاية النفس عن ولاية المال:

أ ـ فأما الولاية على النفس فيتولاها الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر **العصبات** بأنفسهم[٢] على ترتيب الإرث والحجب: فمن كان منهم مقدَّماً على غيره في الإرث فهو مقدَّم عليه في الولاية.

ـ فابن المجنون والمجنونة مثلاً، ثم ابن ابنهما مهما نزل، هو في الولاية على أنفسهما مقدَّم على أصولهما من أب فمن فوقه مهما علوا.

ـ وأبو الصغير أو المجنون مقدَّم على فروع الأب وهم الإخوة. وهؤلاء الإخوة مقدَّمون على فروع الجد وهم الأعمام.

ـ وعند تعدُّد العَصَبات من درجة واحدة كالإخوة، يقدَّم من كان شقيقاً على من كان لأب فقط.

فإن لم يوجد أحد من العصَبات تنتقل ولاية النفس إلى الأم، ثم إلى غيرها من الأقارب وذوي الأرحام، بترتيب خاص مفصَّل في «باب الولي» من كتاب النكاح.

(ر: الأحوال الشخصية لقدري باشا م/ ٣٥ ـ ٣٦/ . والدر المختار ٢/ ٢٩٥).

---

(١) للتمييز بين الجدين جرى الاصطلاح في علم المواريث (الفرائض) على تسمية أبي الأب **بالجد الصحيح**، وتسمية أبي الأم **بالجد الفاسد**.
ولا يخفى أن التعبير بالصحيح والفاسد في هذا المقام تعبير غير موفق. لذا استحسنت هنا تسمية أبي الأب **جداً عصبياً**، لأنه من العصبات في اصطلاح علم الفرائض، وتسمية أبي الأم **جداً رحمياً**، لأنه معدود من ذوي الأرحام. ثم أدخلنا هذا الاصطلاح في قانون الأحوال الشخصية الجديد.

(٢) العَصَبات من الأقارب في نظام الإرث الإسلامي ثلاثة أصناف: **عصبة بنفسه، وعصبة بغيره، وعصبة مع غيره**، كما هو معروف في علم الفرائض. والعصبة بنفسه هو: كل قريب ذكر من أبناء الذكور، أي ليس في سلسلة نسبه أنثى، وهو المراد هنا.

ب ـ وأما الولاية على مال القاصر من بعد موت أبيه فقد فوَّضها الشرع مبدئياً إلى من يختاره قبل موته ليقوم على أموال أولاده القاصرين وصيانة حقوقهم، سواءٌ أكان ذلك الشخص الذي يختاره الأب هو من أسرته أو من غيرها، وسواء أكان رجلاً أو أمرأة.

وعندئذ تأخذ ولاية هذا الشخص المختار اسماً خاصاً هو **الوصاية** والشخص نفسه يسمى: **وصياً**[1].

فإذا لم يعهد الأب بالوصاية على أولاده القاصرين قبل مماته إلى أحد، انتقلت الولاية على أموالهم إلى جدهم العصبي (أبي أبيهم)، إضافة إلى ولايته على النفس[2].

وَوَصيُّ الجد بعد موتِهِ يقوم مقامَ وصيّ الأب.

والوصيُّ الذي يختاره الأب أو الجد قبل موته يسمى: **الوصيّ المختار**، أما الذي ينصبه القاضي فيسمى: **وصي القاضي**.

ويجوز أن يقام على القاصر وصيّان معاً، وعندئذ ليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرُّف، بل يجب أن يجتمع رأياهما فيه، إلا فيما لا يحتاج إلى الرأي كطلب الدَّين، ورد الوديعة، وشراء الضروريات (ر: رد المحتار ٥/ ٤٤٩ ـ ٤٥٠).

٦/٦٦ ـ مبدأ الولاية:

الولاية الشرعية على الأشخاص إنما تبدأ منذ ولادتهم. فلا ولاية لأحد على الجنين قبل أن يولد. هذا ما عليه جمهور الفقهاء المجتهدين.

وقد تقدَّم أن والد الحمل إذا اشترى له شيئاً لا يدخل في ملكية

---

(١) ولا يأخذ اللفظ في الأنثى علامة تأنيث، بل يقال: **امرأة وصي**.

(٢) يتضح من ذلك أنَّ وصي الأب مقدَّم على الجد نفسه في الولاية المالية على القاصر، لأن وصي الأب كامتداد لسلطة الأب وإرادته.

الحمل ولو ولد حياً. ومثل ذلك ما لو وهبه شيئاً فإنَّ الهبة لا تصح ولا يملك الجنين المال الموهوب؛ وإنما تثبت للجنين الحقوق الأربعة التي تقدَّم بيانها فقط للضرورة (ر: ف ٦٠/٣ ـ ٤).

وفي فقه الشيعة الزيدية ما يفيد ثبوت الولاية على الجنين في النفس وفي المال. فقد نصوًا في كتبهم، كشرح «الأزهار» وغيره، على جواز تزويج الجنين!! وفي هذا من الغلو ما ينبو عنه الفكر التشريعي.

على أنَّ إثبات **ولاية مالية فقط** على مال الجنين له وجهٌ شرعيٌّ، لأنَّ المال الذي يكون محجوزاً للجنين يحتاج إلى حفظ وإدارة. ومن ثم شرعت الحكومة المصرية في قانون المجالس الحسبية (وهي تقابل مجالس الأيتام المؤلفة برئاسة قضاة الشرع لدينا) جواز تعيين وصيّ للحمل المستكن. وقد عللت وزارة العدل المصرية ذلك في منشورها الصادر في ٢١ من كانون الأول سنة ١٩١١ م «بأنَّ عدم تعيين وصيّ للحمل فيه ضرر بمصلحته، لما يترتَّب عليه من ترك أمواله بلا حصر وتأجير[1] وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة».

وفي هذا، كما يقول الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك، احتياط حسن تتقبله المبادىء الفقهية (ر: رسالة الأهلية ص/٧ ـ ٨)[2].

٧/٦٦ ـ قوة الولاية وضعفها:

النظر في الأحكام الفقهية المتعلقة بأنواع الولاية وسلطاتها يفيد أن

---

(١) هذا اللفظ خطأ شائع اليوم، والصواب أن يقال: «إيجار» إذ ليس في العربية «أجّر» (بتشديد الجيم)، وإنما هو أجرَ أجراً «ثلاثي مجرد» وآجر إيجاراً (بزيادة الهمزة، وزان أفعل) فهو مؤجر كما في المصباح والقاموس.

(٢) أخذنا أخيراً بهذا الحكم في قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد. فقد أجازت المادة /١٧٧/ منه للقاضي إقامة وصيّ على أموال الجنين. وقد كنت أنا من جملة أعضاء اللجنة التي اختيرت لوضح مشروعه عام/ ١٩٥٣ م.

الأولياء الذين تنحصر ولايتهم الأصلية في النفس فقط لهم **سلطة ضعيفة على مال القاصر** أيضاً بطريق التبعية نظراً للحاجة.

وكذلك أولياء المال فقط لهم أيضاً **سلطة ضعيفة على نفس القاصر**.

أما أولياء النفس والمال معاً فسلطتهم قوية في الناحيتين النفسية والمالية، وهم الابن والأب والجد العصبي كما تقدم

وعلى هذا تقسم الولاية على القاصرين بحسب قوتها وضعفها في الفقه الإسلامي إلى أربعة أنواع: قوية في النفس والمال، وضعيفة فيهما، وقوية في أحدهما ضعيفة في الآخر.

١ ـ فالولاية القوية على النفس تخوِّلُ صاحبها سلطة التزويج الإجباري، والتأديب، والختان، والتطبيب بالكيّ وبالعملية الجراحية[١].

فمن لم يكن له ولاية قوية على نفس القاصر ليس له حق في أن يكلف طبيباً بإجراء عملية جراحية له، أو بأن يختنه. وإذا فعل فحَصَلَ منها ضرر للقاصر أو وفاة كان ضامناً للضرر أو الدية.

(ر: آخر كتاب اللقيط في رد المحتار ٣/٣١٧).

وقال ابن نجيم في «الأشباه والنظائر»: **«ولا يداوى الصبي إلا بإذن وليه». (الأشباه، الفن الثاني، أحكام الصبيان ٢/١٤٤)**.

والظاهر أنَّ هذا في الحالات العادية دون الحالات الاستثنائية التي تتطلَّب إسعافاً سريعاً كما لو صدُم الطفل أو دُعس، وكان تأخير علاجه وانتظار وليه يخشى منه على حياته، ولاسيما في حوادث السيارات اليوم.

---

(١) يعبر الفقهاء في هذا المقام بقولهم: **«ولاية بطِّ القَرْحة»** أي شق الدّمل ونحوه، ويريدون ولاية إجراء العملية الجراحية مطلقاً (ر: الدر المختار في «مسائل شتى» آخر الكتاب ٥/٤٧٩). ولذا اخترنا التعبير بالعملية الجراحية لأنه التعبير العرفي اليوم في اصطلاح الأطباء وفي لغة العصر.

فإنَّ التدارك هنا يعتبر مأذوناً به شرعاً وعرفاً، وإنَّ للظروف الاستثنائية أحكاماً استثنائية بحسب قواعد الشريعة.

٢ ـ والولاية الضعيفة على النفس لا تخوِّل صاحبها شيئاً من ذلك؛ بل مجرد رعاية القاصر وإيوائه وتأديبه وتعليمه وإيجاره أو دفعه في حِرْفة تليق بأمثاله ينتفع منها، ونحو ذلك.

٣ ـ والولاية القوية في المال هي التي تخوِّل **في الأصل**[1] حق الاتجار بمال القاصر لحسابه ربحاً وخسارة، وحق الإذن له بالتجارة.

٤ ـ والولاية الضعيفة في المال لا تخوِّل حق الاتجار، بل مجرد حفظ مال القاصر وقبض الهبة أو الصدقة له، والإنفاق الضروري عليه، وشراء ما لا بد منه، وبيع الأموال المنقولة لحفظها.

أما بيع عقار القاصر فلا يملكه أحد من هؤلاء النوَّاب الشرعيين ولو كان القاصر محتاجاً إلى بيعه للنفقة أو لوفاء الدَّين، وإنما يعود للقاضي الإذن ببيع العقار في حالات الضرورة.

٦٦/٨ ـ توزيع هذه الأنواع من الولاية على الأولياء:

وهذه الأنواع الأربعة من الولاية توزَّع بترتيب خاص كما يلي:

أ ـ فالولاية القويّة في النفس وفي المال معاً هي ولاية الأب ثم الجد أبي الأب وإن علا.

ب ـ وأما القوية في النفس الضعيفة في المال فهي ولاية غير الأب والجد من العصبات، ثم من سائر الأقارب، بحسب الترتيب الذي أشرنا إليه آنفاً (ف ٦٦/٥) كالابن والأخ وأبنائهما.

ج ـ وأما القوية في المال الضعيفة في النفس فهي ولاية الأوصياء.

د ـ وأما الضعيفة في النفس وفي المال جميعاً فهي ولاية من يكون

---

(١) أي في أصل النظر الفقهي، لا في أصل التقنينات المحلية النافذة اليوم كما سنبينه قريباً في حاشية الفقرة التالية.

القاصر في حجره وعياله، من الأجانب عنه، أو من الأقارب الذين لم يصل إليهم دور الولاية على نفسه. حتى إنَّ الذي يلتقط طفلاً لقيطاً غير معروف الأهل، ويُعنى بتربيته في حجره وعياله، تثبت له هذه الولاية الضعيفة على نفسه وماله بالحدود التي بيناها في الفقرة السابقة.

وكذلك ولاية زوج الأم على ربيبه القاصر الذي يضمُّه إلى عياله.

يتَّضح من ذلك أنه لا يملك الإذن للقاصر المميز بالتجارة إلا الولي القوي الولاية في المال وهو الأب، ثم الجد والأوصياء. أما ولي النفس الضعيف الولاية في المال فلا يملك هذا الإذن، لأنَّ من لا يملك حق التجارة لا يملك الإذن بها. (ر: رد المحتار ٥/ ٦١١)[1].

٩/٦٦ ـ السلطان أو القاضي ولي من لا ولي له:

وجدير بالتنبيه أنَّ جميع صلاحيات النيابة الشرعية للأولياء والأوصياء تنتقل إلى السلطان عند عدمهم بمقتضى ولايته العامة يمارسها بنفسه أو بواسطة من يأذن له لمصلحة القاصر حتى ينصب لها وصي يمارسها.

وينوب القاضي عن السلطان في ذلك.

والمبدأ الفقهي العام في هذا المقام هو **أنَّ السلطان وليُّ من لا ولي له**. وهو نصٌّ مروي في الحديث النبوي[2] (ر: آخر كتاب اللقيط في رد المحتار)

---

(١) يلحظ في هذا المقام أنَّ نظام إدارة أموال الأيتام العثماني وبعده قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا في المادة /١٨٢/ منه قد حدَّا كثيراً من سلطة الأوصياء، ومنعاهم من التجارة للقاصر بأمواله لكثرة الخيانات في الوصاية.

ويلحظ أيضاً أنَّ قانون الأحوال الشخصية الجديد لدينا (في المادتين ١٦٤ ـ ١٦٥ منه) قد جعل حق الإذن للقاصر بالتجارة محصوراً بالقاضي الشرعي، كما جعل للقاضي حق تسليم الصغار المميزين بعد إتمامهم الخامسة عشرة من العمر، والسفهاء المحجورين، جانباً من أموالهم لإدارتها على سبيل التمرين والتجربة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣) والترمذي (١١٠٢) وابن ماجه (١٨٧٩)، من حديث عائشة وحسنه الترمذي، وصححه ابن حبان (١٢٤٨) والحاكم ٢/ ١٦٨. وبسط الكلام عنه البيهقي في السنن ٧/ ١٠٥ ـ ١٠٧، والحافظ في «التلخيص» ٣/ ١٥٦.

لكن يجب أن يلحظ هنا أنه ليس للقاضي ممارسة هذه الصلاحيات من بيع وشراء وإيجار واستئجار وجباية وغير ذلك لمصلحة القاصر مع وجود النائب الشرعي المختص بها من وليّ أو وصي؛ لأنَّ ولاية هذا النائب مخصوصة بهذه الشؤون. فهي فيها مقدّمة على ولاية القاضي العامة عليها، لأنَّ من القواعد الفقهية المقررة: **أنَّ الولاية الخاصة أقوى في موضوعها من الولاية العامة** (المجلة/ ٥٩).

وهذا ما تقضي به الأصول المقررة في علم الإدارة والقوانين الإدارية الحديثة اليوم، وفقاً لقاعدة توزيع الصلاحيات والمسؤوليات ومبدأ التدرج. فليس للموظف الرئيس أن يقوم هو بالعمل أو التوقيع العائد لمرؤوسه، ولكن إذا تمرّد هذا الموظف المرؤوس عن عمله دون مبرر يُعزل وينصب غيره ليقوم بالعمل العائد إليه.

٦٦/ ١٠ ـ هذا، وإن هناك ولاية مالية محضة ليست ناشئة عن نقص أهلية، ولا علاقة لها بالنفس أصلاً، كولاية المتولي على الوقف، والولاية الضعيفة لوصي الميت على حصة الراشد الغائب من ورثته. وهذا النوع لا صلة له ببحثنا هنا لعدم علاقته بالأهلية وقصورها[١].

---

(١) هذا التقسيم المرتب في الولاية من حيث الضعف والقوة هو الذي حققه بالاستناد إلى فروع الأحكام الفقهية والدي الشيخ أحمد الزرقاء رحمه الله تعالى في شرحه الواسع الضافي للقواعد الكلية في المجلة، تحت القاعدة القائلة: **«الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»** وهي المادة /٥٩/ من المجلة.

(ر: شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد الزرقا) ط ٢، دار القلم، دمشق (١٤٠٩) هـ ص ٣١١ ـ ٣١٤.

الملحق الأول بالباب الثامن

مآخذ على العرض الفقهي التقليدي لعوارض الأهلية

٦٦/ ١١ ـ اعتاد المؤلفون في أصول الفقه أن يذكروا في جملة عوارض الأهلية حالات أخرى كثيرة غير التي ذكرناها هنا. فهم يضيفون على العوارض السماوية، غير ما تقدم، خمسة أخرى هي: **الصغر، والنسيان، والموت، وفي النساء خاصة: الحيض والنفاس.**

ويضيفون على العوارض المكتسبة أربعة أخرى هي: **السفر، والجهل، والخطأ، والهزل.**

والباحثون المعاصرون الذين كتبوا في الأهلية، كالأستاذ العلامة الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله، قد تابعوا هذا العرض التقليدي المأثور لنظرية الأهليات وعوارضها، ونقلوا أحكام هذه الحالات الأخرى على أنها جميعاً من جملة عوارض الأهلية.

ولكننا نرى أنَّ هذه الحالات التسع الأخرى لا يصح أن تعد من عوارض الأهلية في شيء، وإن كان لها تأثير منعي في بعض التكاليف الشرعية، وأحكام استثنائية.

فلذا طويناها واقتصرنا على ما ذكرنا من الحالات، لأنها هي وحدها التي يصح أن تسمى عوارض على أهلية الأشخاص.

ويحسن أن نوضح هنا ملاحظاتنا على كل من هذه الحالات التي طويناها، ليظهر للقارىء أنها ليس فيها معنى عوارض الأهلية، فلا يصح أن تُحشر معها:

١ ـ **فالصغر** هو الطور الطبيعي السابق من حياة كل إنسان، فهو من الأحوال الأصلية في موضوع الأهلية وليس من العوارض. وقد اعترض بعض علماء الأصول هذا الاعتراض وأجيب عنه بما لا يقنع (ر: كشف الأسرار ٤/ ٢٦٣).

٢ ـ **والنسيان** حالة عادية تطرأ على الذاكرة، وليس بآفة تعتري جسم الإنسان ولا عقله ولا وضعه الحقوقي. فهو لا ينافي الأهلية في كثير ولا قليل ولا ينتقص منها، ولكنه يعتبر معذرة شرعية تسقط المؤاخذة على إهمال بعض الواجبات الدينية أو الشرائط، رحمةً بالناس ورفعاً للحرج لما ورد في الحديث النبوي: «**إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**»[1]. وذلك كمن نسي الصلاة في وقتها فإنه لا يعتبر مهملاً لها، وكمن نسي ذكر اسم الله على الذبيحة فإنها لا تحرم، وكمن أكل في رمضان ناسياً فإنه لا يفطر.

٣ و٤ ـ **والحيض والنفاس** في النساء موانع شرعية تمنع إيجاب بعض العبادات الدينية التي تشترط لها الطهارة، أو تمنع ممارستها. فالحائض والنفساء تتركان الصلاة والصيام، ثم تقضيان ما تركتاه من صيام رمضان دون الصلاة. وكذلك تجتنبان دخول المساجد وتلاوة القرآن؛ إلى غير ذلك من أحكام استثنائية أخرى.

لكن أهليَّة الوجوب وأهليَّة الأداء بفرعيها الديني والمدني ـ أي أهلية التعبد وأهلية التصرُّف ـ كاملة فيهما.

ـ أما أهليَّة الأداء، فلأنَّ مناطها العقل والوعي؛ ولذا تثبت للصغير المميِّز في حدود قاصرة كما تقدَّم. وهذا العقل والوعي في الحائض والنفساء متوافر كامل، فلا تأثير للحيض والنفاس في أهليتهما للأداء.

---

(١) انظر تخريجه في ف ١٠/٢ ب في الحاشية.

ـ وأما أهلية الوجوب فكذلك متوافرة فيهما بطريق الأولوية لأنَّ مناطها الصفة الإنسانية دون توقف على عقل أو سن.

وعدم إيجاب الصلاة على الحائض والنفساء، وتأخير الصيام عنهما، لا يدل على معنى نقص الأهلية، بل معناه عدم توافر الشرائط الشرعية للتكليف، أو عدم انتفاء موانعه، بدليل أنَّ الصغير غير المميز لا تجب عليه الفرائض التعبدية ولا تصح منه بينما أنَّ أهلية الوجوب فيه كاملة منذ الولادة باتفاق الفقهاء كما تقدَّم، لأنَّ من شرائط إيجاب التكليف الشرعي البلوغ والعقل.

وقد قدَّمنا أنَّ الأهلية إنما تؤهِّل وتعدُّ الشخص، ولكنها لا توجب، لأنَّ الإيجاب يتوقف على وجود سببه، وتوافر شرائطه، وانتفاء موانعه (ر: ف ٦٢/ ٤).

فعدم إيجاب الحكم الشرعي وعدم صحة الفعل لا يتعين أن يكونا ناشِئيَن عن نقص في الأهلية، بل قد يكونان ناشئين عن فقدان بعض الشرائط الأخرى أو عن وجود بعض الموانع الشرعية كما هنا. وفرقٌ عظيم بين فقدان الأهلية أو نقصها، وبين انتفاء الشريطة أو وجود المانع؛ وإلا وجب أن تعتبر الجنابة أو النجاسة المانعة من صحة الصلاة عارضاً من عوارض الأهلية قياساً على الحيض الذي يمنع صحة الصوم ولا يسقطه، وهذا غير مقول ولا معقول.

والضابط في هذا التمييز أن ينظر إلى طبيعة العارض: فإذا كان له تأثير في مَلَكات الشخص العقلية وقابلياته كالجنون والعَتَه والإغماء، أو تأثير في سلطته الشرعية يقتضي حماية الحقوق من تصرفاته، كالسَّفَه، ومرض الموت، وكالإفلاس في بعض الاجتهادات، فعندئذ يكون من عوارض الأهلية، وإلا فهو من الموانع أو من قبيل فقدان بعض الشرائط.

(قدمنا أول نظرية العقود بياناً كافياً للتعريف بالشرائط والموانع والأسباب والتمييز بينها فليرجع إليه ف ٢٨/١ ـ ٦).

٥ ـ **والسفر** إنما اعتبر الشرع ما فيه من مشقة سبباً للترخيص في بعض الواجبات الدينية. فبعض التكليفات جعله الشرع اختيارياً في حق المسافر، كصلاة الجمعة والعيدين والأضحية. وبعضها سوَّغ للمسافر تأخيره عن وقته المعيَّن كصيام رمضان.

فليس في السفر كما ترى، مايخلُّ بشيء من أهلية الشخص للوجوب أو للأداء من الناحية الدينية أو المدنية.

٦ ـ **والجهل** أيضاً لا يخلُّ بشيء من أهلية الشخص وقابلياته، وإنما تنهض به للشخص في بعض المواطن معذرة شرعية مانعة من مؤاخذته على الإهمال، كمن أسلم وهو بعيد عن دار الإسلام جاهلاً للتكاليف التي يفرضها عليه الإسلام، فإنَّ جهله في مثل هذه الحال يُعتبر عذراً مانعاً من مؤاخذته على إهمال الواجبات الدينية، وكجهل الوكيل بعزل موكله له، فإنَّ تصرفاته تبقى نافذة على الموكل حتى يبلغه خبر العزل. وفي هذه المسألة كما ترى كان العلم هو المسقط لسلطة الوكيل، والجهل مبقياً عليها؛ فليس في الجهل إخلال بالأهلية، وإنما هو معذرة.

٧ ـ **والخطأ** كذلك. فقد عرفوه بأنه: «**وقوع الشيء على خلاف إرادة من وقع منه**» فليس فيه انتقاص من مَلَكات الشخص وقابلياته؛ ولا له بها أية صلة أو علاقة، وإنما هو وصف للأفعال الصادرة عن الشخص ينفي عنها القصد الذي يوجد عادة في حالة التعمد، فيقتضي رفع المؤاخذة أو تخفيفها.

٨ ـ وأبعد الكل عن معنى عوارض الأهلية **الهزل**!!

فالهزل ضد الجد، ومحله التصرُّفات القولية، وهو تلاعب بالألفاظ دون قصد إلى معانيها وأحكامها. ويترتب عليه عند الفقهاء بطلان العقود، والتصرُّفات أو فسادها، على خلاف تقدم في ذلك لانتفاء إرادة العاقد الحقيقة فيه، لا لفقدان أهلية العاقد أو نقصانها، بدليل أنَّ الشارع اعتبر الهزل كالجد في بعض التصرُّفات استثناءاً، وهي النكاح والطلاق والإعتاق كما تقدم (ر: ف ٦/٣٣).

فحقيقة الأمر في الهزل إنما هي انتفاء ركن التصرُّف القولي، لأنَّ ركنه تعبير جازم عن الإرادة. فبالهزل فيه تنتفي دلالة هذا التعبير على الإرادة.

فلو صحَّ أن يعتبر الهزل من عوارض الأهلية لوجب أيضاً أن يعتبر انتفاء سائر شرائط الإيجاب والقبول في العقود من قبيل عوارض الأهلية!!

٩ ـ أما **الموت** ففيه حقاً انهدام الأهليات جميعاً. فمن هذه الجهة قد يمكن اعتباره من عوارض الأهلية.

ولكن من جهة أخرى يرى أنَّ الموت ليس عارضاً يرد على مقوِّمات الأهلية مباشرة، وإنما يقع على حياة الشخص فيزيله من الوجود. أما انهدام الأهليَّات به فتبع لزوال الشخص الذي هو محلها، لأنَّ الأهلية صفة للشخص، ولا بقاء للوصف دون الموصوف. وإن المعنى المتبادر من كلمة **«عوارض الأهلية»** أنها عوارض تطرأ على مقوِّماتها وتؤثِّر فيها مع بقاء الشخص، حيث يفقد الشخص بسبب هذا العارض ما كان ينبغي أن يتمتع به من الأهلية، فيبقى شخصاً غير أهل. وهذا لا يتأتى في حالة الموت لزوال الشخصية من حيث هي، فلا يكون الموت عندئذٍ من عوارض الأهلية بهذا المعنى.



الملحق الثاني بالباب الثامن

مزية تركيزنا العلمي الجديد لنظرية الأهلية

١٢/٦٦ ـ يجد القارىء في نظرية الأهلية بالصورة التي حررناها بحثاً وتحقيقاً جديداً يختلف في بعض الأمور عن المأثور في المباحث التقليدية للأهلية في مصادرها الأصلية من كتب الأصول، وفيما نقله المؤلفون المعاصرون عنها.

وقد دعانا إلى ذلك أننا وجدنا بعض عقد مشكلة في مسائل الأهلية لا يحلها إلا فهم جديد في تقسيمها وترتيبها وتوزيع أحكامها.

فمن التحقيقات الجديدة التي يراها القارىء هنا:

أ ـ أننا جعلنا مراحل الأهلية بحسب أطوار نشأة الإنسان خمساً، بينا أنَّ علماء أصول الفقه، والمؤلفين المعاصرين الذين نقلوا عنهم نقلاً تقليدياً، يقسمونها إلى أربع مراحل، إذ يدمجون البلوغ والرشد فيجعلون منهما مرحلة رابعة أخيرة تكمل فيها أهلية الأداء.

لكننا رأينا من النظر والتحقيق في الأحكام الشرعية أنَّ البلوغ محطةٌ تشترط للتكليف الشرعي، وأنَّ الرشد محطة لكمال أهليَّة التصرُّف التي تعتمد خبرة عملية مالية فوق إدراك الخير والشر الكافي للتكليف ولحمل المسؤولية العقابية.

فيجب أن يعتبر بين سنّ التمييز الذي تبدأ فيه أهلية الأداء، وبين الرُّشد الذي تتكامل فيه، مرحلتان لا واحدة فقط، البلوغ ثم الرشد كما تقدم.

ب ـ أننا شطرنا أهلية الأداء إلى شطرين: **ديني، ومدني** (أو أهلية التعبد، وأهلية التصرُّف). وقد بيَّنا أنَّ الأولى منهما تبدأ كاملة في بداية سن التمييز. وأما الثانية فتبدأ قاصرة في سن التمييز، ثم تكمل بالرشد، لا بمجرد البلوغ العاقل الكافي للتكليف الشرعي.

وهذا التقسيم لأهلية الأداء، والتفريق بين شطريها الديني والمدني في مراحل التكامل، لا يصرِّح به الفقهاء والأصوليون في تقسيم الأهلية، بل يطلقون القول بأنَّ الصغير المميِّز يتمتع بأهلية أداء قاصرة حتى يبلغ، ولكننا استنبطنا هذا التقسيم والتفريق من الأحكام التي يقررونها للصغير المميز، فإنها تدل عليه:

١ ـ فمن المقرر فقهاً أنَّ قصور أهلية الأداء في الشخص يجعل تصرفه المتردد بين النفع والضرر غير نافذ، بل خاضعاً لإجازة وليه أو وصيه؛ وأن كمال هذه الأهلية يحرره من هذا الخضوع، ويجعل أعماله نافذةً منتجة لآثارها بمحض إرادته هو.

٢ ـ وقد رأينا بالتتبع والاستقراء أنَّ الذي يخضع للإجازة من أعمال الصغير المميز إنما هو تصرُّفاته المالية، فهي التي يكون منها باطل ومنها قابل للإبطال بسبب قصور الأهلية.

أما عبادات الصغير المميز فهي صحيحةً نافذة دون توقُّف على إجازة وليه. حتى إنه لو منعه وليه من الصلاة فصلى صلاةً مستوفيةً لشرائطها الشرعية كانت صحيحة رغم منعه.

٣ ـ وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام: «مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع» كما تقدَّم.

فمن ثم رأينا أنَّ قول الفقهاء والأصوليين بقصور أهلية الأداء في الصغير المميِّز يراد به أهليته للتصرُّفات المدنية. أما أهليته للعبادات البدنية

فتبدأ كاملة منذ التمييز وإن كان غير مكلَّف شرعاً بهذه العبادات لضعفه، رفقاً من الشرع به.

وعلى هذا قسمنا أهلية الأداء ذلك التقسيم إلى دينية ومدنية بالمعنى المتقدم البيان.

وبذلك يندفع إشكال مهم في موضوع الأهلية، وهو أن الفقهاء يجعلون البلوغ مبدأ للتكليف وحمل الواجبات والمسؤوليات، مما يوهم كمال الأهليات. وقد يصرِّحون بهذا الكمال في البلوغ، بينما يصرِّحون في مواطن أخرى بأنَّ مال القاصر لا يُسَلَّم إليه ولا يطلق له التصرُّف فيه بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد، مع البلوغ أو بعده وفقاً للآية القرآنية.

فبهذا التمييز الذي ميَّزنا فيه بين أهلية الأداء المدنية والدينية يندفع الإشكال، إذ يتضح:

١ ـ أنَّ كمال أهلية الأداء المدنية مناطه الرشد المالي لا مجرد البلوغ.

٢ ـ وأنَّ أهلية الأداء الدينية تبدأ كاملة منذ التمييز وتستمر. فتصح بها العبادات، وإن كان الشخص غير مكلف بها، لأنَّ الأهلية إنما تؤهِّل ولا توجب كما تقدم. فخطاب التكليف الشرعي بالواجبات يتوقف على أمور غير الأهلية في طليعتها البلوغ.

ج ـ أننا أخرجنا من عوارض الأهلية طائفة كبيرة اعتيد عدها منها تقليداً، وهي لا تمتُّ بصفة أصلاً إلى معنى العوارض، وقد دعمنا رأينا هذا بالحجج المفصَّلة.

وبهذا النظر الجديد في نظرية الأهلية قد ركزت فروعها في مواقعها من الجذع، وانضبط فيها تفريع الأحكام، وزال كل غموض واشتباه كان يراه الباحث في آفاق الأهلية ومراحلها.

البَابُ التّاسِعُ

نَظرِيّـَة العُـرْفِ

٦٧/ ١ ـ تمهيد ومخطط إجمالي لنظرية العرف:

قدمنا في بحث مصادر الفقه الإسلامي كلمة مختصرة تعريفية عن العرف باعتبار أنه مصدر تبعي من مصادر الأحكام، وأحلنا بالتفصيلات على نظرية العرف التي محلها هنا آخر النظريات الفقهية الأساسية.

والآن نعالج فيما يلي هذه النظرية الكبرى الهامة التي تشغل في الفقه الإسلامي حيِّزاً عظيماً، ويقوم على أساسها أحكام متشعبة من شتى الأبواب والأصول الفقهية، لا يحصى عددها ولا ينقضي تجددها، لأنَّ الأحكام التي تخضعها الشريعة الإسلامية للعرف تتبدل بتبدله، فهي في تجدُّد مستمر. وهذا من أعظم مظاهر القابلية للخلود في مباني الشريعة وفقهها.

٦٧/ ٢ ـ والكلام في نظرية العرف الفقهية ينقسم إلى أربعة فروع هي التالية:

الفرع الأول: (الفصول ٦٧ ـ ٦٨) فيه لمحة عامة وتعريف وتقسيم.

الفرع الثاني: (الفصول ٦٩ ـ ٧٠) يتعلق بسلطان العرف وشرائط اعتباره.

الفرع الثالث: (الفصول ٧١ ـ ٧٤) فيه نناقش حالات مخالفة العرف للأدلة الشرعية.

الفرع الرابع: (الفصول ٧٥ ـ ٧٨) فيه نقارن بين العرف والأدلة العرفية، ثم نناقش قضايا العرف وتغيُّر الزمان.

الفصل السابع والستون

منشأ العادة والعرف وتعريفهما، والنسبة بينهما

المطلب الأول: منشأ العادة والعرف

٣/٦٧ ـ كل عمل اختياري لا بد له من باعث. وهذا الباعث إما خارجي، كظهور منفعة من شيء أو عمل، وإما داخلي نفسي كحب الانتقام الدافع إلى الأخذ بالثأر، وكالحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب في بعض المواطن من بعض الأشخاص.

فإذا ارتاح الإنسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث، وكرره أصبح بالتكرار عادة له.

فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد، وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد يتكون عندئذ بها **العرف**، الذي هو في الحقيقة **عادة الجماعة**.

٤/٦٧ ـ وكما يجري ذلك في الأفعال يجري في الأقوال أيضاً.

أ ـ فالإنسان مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم. وإن التفاهم بالإشارات ونحوها عسير وبطيء. ولذا لجأ البشر إلى طريق التعبير بالألفاظ التي هي **أصوات يعتادون التعبير بها** حتى تصبح لغة عامة بينهم.

ب ـ ثم بتوسع الصناعات والعلوم المدنية يصبح التعبير باللغة العامة الأصلية في هذه الصناعات والعلوم عسيراً وطويلاً وموِرثاً للاشتباه. لذلك يلجأ أهل الحرف أو العلوم أو الأديان إلى استعمال ألفاظ خاصة يصطلحون عليها، بطريق الوضع المبتدأ أو بطريق التداول المتكرر للدلالة على معان

وأشياء تفهم بسهولة من هذه الألفاظ الاصطلاحية التي لا يقوم مقامها في الدلالة إلا شرح طويل.

وكثيراً ما يكون أصل الألفاظ العرفية مجازات لغوية لا يفهم منها المراد إلا بقرينة. ثم يتكرر استعمالها فتصير مجازات مشهورة، ثم يزداد شيوع الاستعمال حتى يفهم منها المراد من غير قرينة، وتهجر معانيها الأصلية حتى لا تفهم منها إلا بقرينة. وعندئذ ينعكس الأمر: فما كان مجازاً لغوياً يصبح حقيقة عرفية، وما كان حقيقة لغوية يصبح مجازاً عرفياً[1].

٦٧/ ٥ ـ والعادات التي تشيع في البلاد أو بين أصناف مخصوصة من الناس لا تنشأ عن دواع واحدة وبطريقة واحدة.

لكن معظم العادات إنما تنشأ عن الحاجة، إذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص، فيتكرر العمل ويشيع حتى يصبح عرفاً دارجاً، كما في نشأة بيع الوفاء (ر: ف ١٦/ ٣) ووقف أنواع من الأموال المنقولة كأدوات الجنازة والكتب.

وهذه الحاجات تختلف بحسب البيئات الطبيعية ومرافقها، وبحسب البيئات الاجتماعية وأنظمتها ومميزاتها، من المعتقدات، والشعائر الدينية، والأخلاق، ونظام الحكم، ومعاهد العلم، والصنائع، والفنون، وحرية الفكر إلخ...

---

(١) من ذلك مثلاً قولنا: **شرب فلان من النهر**، فإنَّ المعنى الحقيقي الأصلي لهذا التعبير أن يضع فمه في النهر ويعبَّ منه، والمعنى المجازي له أن يأخذ من ماء النهر بإناء فيشرب. وقد شاع هذا المجاز حتى أصبح هو المفهوم عند إطلاق التعبير والخلو عن القرائن.

وكذلك قولهم: **أكل من الشجرة**، فإنَّ معناه الحقيقي الأكل من جسم الشجرة، والمجازي الأكل من ثمرها. وقد أصبح هذا المجاز هو المفهوم دون الحقيقة اللغوية، أي أن المجاز اللغوي صار حقيقة عرفية.

وقد تنشأ العادات والأعراف بأمر صاحب السلطان الحاكم، أو برغبته وتوجيهه، كعادة الاحتفال بذكرى المولد النبوي التي أنشأها الحكم الشيعي الفاطمي، ثم عمت واقتبستها سائر البلدان الإسلامية[١].

وقد تكون العادات والأعراف وراثية محضة عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجة حقيقية، كما في كثير من عوائد الجاهليين المتصلة بعقائدهم قبل سيادة الإسلام في بلاد العرب.

٦٧/ ٦ ـ وللعادات والأعراف سلطان على النفوس، وتحكم في العقول. فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضروريات الحياة، لأنَّ العمل ـ كما يقول علماء النفس ـ بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء، ولاسيما إذا اقتضته الحاجة. ومن ثم يقولون: «**إنَّ العادة طبيعة ثانية**». ويقول فقهاؤنا: «إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً». (ر: رسالة «نشر العرف» لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢/ ١١٥ و١٢٠).

ولذلك يقاسي الأنبياء والمصلحون كثيراً من المصاعب والأهوال، فيأخذون الناس بالعنف تارة، وبالتدريج تارة أخرى، لتحويلهم عن مفاسد عادتهم وأعرافهم.

وفي هذا المعنى تقول عائشة أم المؤمنين (رضي الله عنها) واصفة سياسة التشريع الإسلامي:

«إنما نزل أول ما نزل من القرآن سورة فيها ذكر الجنة والنار. حتى إذا ثابَ الناس إلى الإسلام نَزَل الحلال والحرام. ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر ولا تزنوا» لقالوا: لا ندع الخمر ولا الزنى أبداً».

---

(١) ومن عادات المعاملات الناشئة لدينا في البلاد السورية عن أمر الحكام، تعامل الناس اليوم على إيجار العقارات بالسنة الشمسية الميلادية، منذ أن صدر في عهد الانتداب الفرنسي القانون الذي يوجب اعتبار سنة الإيجار للمستأجر /٣٦٥/ يوماً على كل حال، وقد كان عرف الناس قبل ذلك على الإيجار بالسنة القمرية الهجرية.

(رواه البخاري، ر: تاريخ التشريع الإسلامي للأساتذة السايس والسبكي والبربري ص/ ٣٩)[١].

٦٧/ ٧ ـ يتضح من ذلك أنَّ العادات والأعراف منها الحسن ومنها القبيح، إذ ليس كل ما يعتاده الناس ويتعارفونه ناشئاً عن حاجة صادقة ومصلحة حكيمة يكون الأمر المعتاد وسيلة ميسرة لها.

فقد يعتاد الناس عادات تقوم على جهالات وضلالات موروثة يشقى بها المجتمع وليس فيها منتفع، كاسترقاق المدين المعسر عند الرومان وفي جاهلية العرب، وكوأد البنات والغزو الداخلي والسائبة[٢] في الجاهلية، وكدفن الزوجة حيَّة مع زوجها إذا مات عند الهنود الوثنيين، وكدفن نفائس الأموال مع أصحابها الموتى عند قدماء المصريين، وكأخذ أولياء البنات مهورهن عند تزويجهن في عادة البدو من العربان في بلادنا السورية وغيرها إلى اليوم.

فكل هذا وأمثاله عادات وأعراف قبيحة يجب أن تكافح بالتعليم والتشريع وبالأنظمة، التي يقرها ويصدرها أولياء الأمر.

المطلب الثاني: تعريف العادة

٦٧/ ٨ ـ العادة في اللغة مأخوذة من العود أو المعاودة، بمعنى التكرار. وهي اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير سهلاً تعاطيه كالطبع. ولذلك قيل: **العادة طبيعة ثانية** (مفردات القرآن للراغب الأصفهاني).

وقد عرف علماء أصول الفقه العادة بأنها:

---

(١) انظر أيضاً رسالة «العرف والعادة في رأي الفقهاء» للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة، المدرس في كلية الشريعة في الأزهر ص/١٣ ـ ١٧/ وهي رسالة قيمة نال بها مؤلفها الفاضل درجة أستاذ في الشريعة. وقد صدرت حديثاً الآن خلال هذه الطبعة الثالثة من كتابنا هذا، فلخصنا عنها كثيراً من معظم هذا البحث في منشأ العادات والأعراف.

(٢) تقدم معنى السائبة عند العرب في بحث خصائص الملكية فلينظر (ف ٢٥/ ٦).

«الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية»

فإذا كان التكرر ناشئاً عن علاقة عقلية، وهي التي يحكم فيها العقل بهذا التكرار، لم يكن عندئذ من قبيل العادة، بل من قبيل **التلازم العقلي**. وذلك كتكرر حدوث الأثر كلما حدث مؤثره، بسبب أنَّ المؤثِّر علة لا يتخلف عنها معلولها، كتحرك الخاتم بحركة الإصبع، وتبدل مكان الشيء بحركته. فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر، لأنه ناشىء عن تلازم وارتباط في الوجود بين العلة والمعلول يقضي به العقل، وليس ناشئاً عن ميل أو طبع أو عامل طبيعي.

(ر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج شرح التحرير لابن الهمام ٢/ ٧٦٩).

٩/٦٧ ـ يتبيَّن من هذا التعريف أنَّ العادة في الاصطلاح لها مفهوم شامل واسع الحدود، لأنَّ قولهم في تعريفها: **«الأمر المتكرر»** يشمل كل حادث يتكرر من حيث انَّ لفظ «الأمر» كلفظ «الشيء» من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً:

١ ـ فالعادة تطلق تارة على ما **يعتاده الفرد من الناس** في شؤونه الخاصة، كعادته في نومه، وأكله، ونوع مأكوله، وحديثه، وكثير من أفعاله. وهذه هي العادة الفردية.

٢ ـ وتطلق تارة أخرى على ما **تعتاده الجماعات والجماهير**، مما ينشأ في الأصل عن اتجاه عقلي وتفكير، حسناً كان أم قبيحاً. وهذه ترادف العرف، كما سيأتي بيانه[١].

---

(١) يقول الفقهاء في بعض المواطن: إنَّ العادة تتحقق بتكرر الفعل مرتين أو ثلاثاً، لأنها مأخوذة من العود أو المعاودة. (ر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، الفن الأول تحت القاعدة السادسة ١/١٢٨).

ولا يخفى أنَّ مرادهم بذلك عادة الفرد. أما عادة الجماعة التي هي بمعنى عرف الجمهور، فلا ينطبق عليها هذا الحد، لأنَّ العادة لا تشيع وتنتشر بين الجماهير إلا بعد أن تتكرر بين الناس مرات لا تحصى.

٣ ـ وتطلق العادة أيضاً بوجه عام على كل **حالة متكررة**، سواء أكانت ناشئة:

أ ـ عن سبب طبيعي، كإسراع بلوغ الأشخاص، ونضج الثمار في الأقاليم الحارة، وإبطائه في الباردة، وكثرة الأمطار في بعض الأقاليم صيفاً، وفي بعضها شتاءً بحسب الموقع الجغرافي والعوامل الطبيعية.

ب ـ أو ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق، كالتقاعس عن فعل الخيرات، والسعي بالضرر والفساد، وتفشي الكذب وأكل المال بالباطل، والفسق، والظلم، مما يسميه الفقهاء: **فساد الزمان**.

ج ـ أو ناشئة عن حادث خاص، كفشو اللحن الناشىء من اختلاط العرب بالأعاجم.

فكل ذلك يعتبر في نظر الفقهاء من قبيل العادات. وقد راعاها المجتهدون في الفتيا والقضاء، وقرر لها الفقهاء ما يناسبها من أحكام[١].

المطلب الثالث: تعريف العرف

٦٧/ ١٠ ـ قدَّمنا في بحث مصادر الفقه تعريف العرف المعتبر فقهاً بأنه: **«عادة جمهور قوم في قول أو فعل»**.

وقد وضعنا هذا التعريف مستوحى من التعاريف والشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون، وتحرينا فيه أن يكون كاشفاً عن حقيقة العرف في نظر الفقهاء بأوضح صورة، وبأدق الحدود، لأنا وجدنا التعاريف المأثورة غامضة الصورة، ومشتبهة الحدود، بالنسبة إلى المنهاج التعليمي التبسيطي الذي نبني على أساسه، ونسير في ظله[٢].

---

(١) ر: رسالة: «العرف والعادة في رأي الفقهاء» للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة، ص/ ١٠.

(٢) من أشهر تلك التعاريف المأثورة تعريف الإمام الغزالي في «المستصفى» بأنَّ العرف **«هو ما استقرَّ في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول»**. وهو كما ترى، يحتاج الطالب في فهمه إلى شرح طويل.

٦٧/ ١١ ـ تحليل هذا التعريف:

١ ـ يفيد هذا التعريف أنَّ العرف نوع من العادة، وهذا هو الواقع كما يعلم مما تقدم في تعريف العادة. فالعادة جنس أعم تحته أنواع منها العرف كما سنرى في بيان النسبة بين العرف والعادة.

٢ ـ ويفهم من هذا التعريف أيضاً أنَّ تحقق العرف يعتمد على **نصاب عددي** من الناس لا بد منه، وهو: أن يكون موضوع العرف قد اعتاده أكثر القوم في مكان جريانه. وهذا مستفاد من لفظ «**الجمهور**».

فإذا لم يكن الأمر المعتاد فاشياً بين أكثر القوم لا يتكون به عرف معتبر، بل يكون من قبيل العادة الفردية، أو العادة المشتركة (وهي التي يتساوى معتادوها وغيرهم عدداً). وقد يسمونها تساهلاً باسم «**العرف المشترك**» وهي في الحقيقة لم تبلغ حد العرف، فلا يتناولها عند الإطلاق، ولا تأخذ حكمه.

٣ ـ ويشير التعريف أيضاً إلى أنواع العرف: فهو يدل على انقسامه من وجه إلى عرف لفظي، وعرف عملي، وهذا مستفاد من قولنا: «**في قول أو فعل**». وكذا يدل على انقسامه من وجه آخر إلى عرف عام وعرف خاص، وهذا مستفاد من تنكير لفظ «**قوم**»، فإنه يشمل أهل بلد معين أو أهل حرفة خاصة، فيكون عرفهم خاصاً بهم؛ كما يشمل الناس أجمعين في جميع البلدان، فيكون عرفاً عاماً. وسيأتي بيان ذلك في بحث تقسيم العرف.

٤ ـ ويفيد هذا التعريف أخيراً أن العادة لا تسمى عرفاً إلا في الأمور المنبعثة عن **التفكير والاختيار**، كالتعامل مثلاً على تقدير الكميات في بعض الأشياء بالوزن، وفي بعضها بالكيل، وفي بعضها بالعدد إلخ... وكالتعامل في الزواج على أنَّ المرأة تشتري بمهرها جهازاً من ملبوس ومفروش تحضره معها إلى بيت الزوج، وأنها لا تزف قبل أن يدفع الرجل معجل مهرها كله أو بعضه، وكالتعامل على بعض أنواع من العقود كالاستصناع.

فيخرج عن معنى العرف ما يكون من الأمور الشائعة ناشئاً عن عوامل الطبيعة لا عن التفكير والاختيار، كإسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وبطئه في الأقاليم الباردة. فمثل هذا الأمر، وإن كان مطرداً أو غالباً في بعض البيئات، لا يسمى عرفاً، بل يسمى «**عادة**» كما رأينا في تعريف العادة.

وهذا المعنى يستفاد أيضاً من قولنا «**في قول أو فعل**» لأن عادة الجماعة من الناس في قول أو فعل لا تكون إلا عن عقل واختيار[١]، وإلا كانت حادثاً طبيعياً عادياً، لا قولاً أو فعلاً.

المطلب الرابع: النسبة بين العادة والعرف

١٢/٦٧ - يتضح من جميع ما تقدم أنَّ العادة أعم من العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف.

فتكون النسبة بين العادة والعرف هي **العموم والخصوص المطلق**[٢]، لأنَّ العادة أعم مطلقاً وأبداً، والعرف أخص، إذ هو **عادة مقيَّدة**، فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفاً، لأنَّ العادة قد تكون فردية أو مشتركة.

---

(١) وهذا هو المراد بقول الفقهاء في تعريف العرف: «**هو ما استقر في النفوس من جهة العقول**» كما نقلناه آنفاً في الحاشية عن كتاب «المستصفى» للغزالي (ر: ف ٦٧/ ١٠ الحاشية).

(٢) **العموم والخصوص** في اصطلاح علم المنطق نوعان: **مطلق، ووجهي**:
- فالعموم والخصوص المطلق عندما يكون أحد الشيئين أعم من الآخر دائماً، والآخر أخص دائماً كما هنا، وقد تقدَّم بيان ذلك أول نظرية العقود. (ف ٢٧/ ١).
- والوجهي عندما يكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص منه من وجه كالنسبة بين مفهومي «الأبيض» و«الملبوس» مثلاً: فالأبيض أعم من وجه لوجوده في الملبوس وغيره، والملبوس أعم من وجه لوجوده في الأبيض وغيره.

الفصل الثامن والستون

تقسيم العرف

٦٨/ ١ ـ العرف إما أن يتعلق باستعمال بعض الألفاظ في معان يتعارف الناس على استعمالها فيها، وإما أن يتعلق باعتياد أنواع من الأعمال أو المعاملات.

ومن هنا انقسم العرف من حيث موضوعه ومتعلقه، إلى نوعين: **عرف لفظي، وعرف عملي.**

ثم من جهة أخرى إما أن يكون العرف في موضوعه عاماً فاشياً في جميع البلدان بين جميع الناس، وإما أن يكون مقتصراً على بلد أو مكان دون آخر، أو مخصوصاً بفئة من الناس من أرباب الأعمال أو الصنائع أو العلوم دون سواهم. ومن ثم ينقسم العرف أيضاً، لفظياً كان أو عملياً، من حيث عمومه وخصوصه، إلى نوعين: **عرف عام، وعرف خاص.**

وإليك إيضاح هذه الأنواع وأمثلتها.

أولاً: العرف اللفظي والعرف العملي

٦٨/ ٢: أ ـ العرف اللفظي:

فأما العرف اللفظي فهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معيَّن بحيث يصبح ذاك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق، بلا قرينة ولا علاقة عقلية.

وذلك كاستعمال لفظ «**الدراهم**» بمعنى النقود الرائجة في البلد مهما

كان نوعها وقيمتها، حتى الورق النقدي اليوم، مع أن الدراهم في الأصل نقد فضي مسكوك بوزن معين، وقيمة محددة.

وكذلك استعمال لفظ «**البيت**» في بعض البلدان بمعنى «الغرفة» وفي بعضها بمعنى «الدار» بجملتها.

وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابه، فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز.

مثال القرينة: ما لو حمل إنسان عصا صغيرة وحلف ليقتلن فلاناً بها، فإنه يفهم بهذه القرينة أنَّ مراده بالقتل الضرب المؤلم.

وكذا لو قال لآخر: «وهبتك هذا الشيء بعشرة دنانير». فإنه يفهم بقرينة البدل أنَّ مراده بالهبة معنى البيع مجازاً.

ومثال العلاقة العقلية قولنا: «حكمت المحكمة على فلان» فإنَّ المراد أنه قد حكم الحاكم، إذ المحكمة هي المكان. ويعتبر هذا الإسناد سائغاً مقبولاً بعلاقة أو رابطة يلحظها العقل بين الحال والمحل يمكن أن يعتبر معها الفعل كأنه صادر عن المحل بقطع النظر عن الفاعل الحال فيه، كما تقول: «حالف الأمير البلد الفلاني أو حاربه» والمراد أهل البلد وسكانه.

فهذه الأساليب الفنية في طرائق التعبير هي من صور المجاز في البيان، لأنها تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة، وليست في شيء من العرف اللفظي الذي يعتبر كلغة وضعية خاصة تصبح معانيها حقائق عرفية تستفاد من مجرد اللفظ.

٦٨/ ٣ ـ ب ـ العرف العملي:

وأما العرف العملي فهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية.

والمراد **بالأفعال العادية**: أفعال الناس الشخصية في شؤونهم الحيوية مما لا يقوم على تبادل المصالح وإنشاء الحقوق، وذلك كالأكل والشرب

واللبس والركب والحرث والزرع ونحو ذلك.

والمراد **بالمعاملات المدنية** التصرُّفات التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس، أو تصفيتها وإسقاطها، سواء أكانت تلك التصرُّفات عقوداً أم غيرها، كالنكاح والبيع والإبراء، وكالغصب والقبض والأداء (ر: ف ١/٤٨ و١٣/٥٩ الحاشية).

فمن أمثلة العرف في الأفعال اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل. وكذا اعتيادهم في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم كالضأن أو المعز أو البقر، أو استعمال نوع من الملابس والأدوات، ونحو ذلك.

ومن أمثلته في المعاملات:

١ ـ اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم والقمح أن تكون على البائع حمولتها إلى بيت المشتري.

٢ ـ واعتيادهم تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط معدودة.

٣ ـ وتعارفهم في الأنكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف أو الثلثين، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق.

٤ ـ وتعاملهم فيما بينهم ببعض أنواع النقود دون سواها.

٥ ـ وتعارفهم في بعض المهن والصنائع أن يأخذ الصانع من رب العمل أجراً، وفي بعضها الآخر أن يأخذ رب العمل من الصانع أجراً، كما في الخياطة عندما يكون المقصود تعليم الصانع تلك الصناعة لا مجرد استخدامه، إلى غير ذلك مما لا يحصى من أعراف الناس العملية الممكن جريانها في أفانين معاملاتهم، وتفاريع التزاماتهم فيها.

ثانياً: العرف العام، والعرف الخاص

٤/٦٨ ـ أ ـ العرف العام:

فالعرف العام هو الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس

في أمر من الأمور. وذلك كالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها. فإن الناس قد احتاجوا إليه ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان، وقد أصبح جارياً في جميع الحاجات، حتى استصناع المعامل بكاملها والبواخر والأبنية.

ومثله في العموم اليوم تأجيل جانب من مهور النساء في البلاد الإسلامية. فقد تعورف تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، بنسبة تختلف مقداراً بين بلد وآخر. وقد تكون هذه النسبة ثابتة بحيث أنه متى ذكر بين الطرفين مبلغ المعجَّل عرف المؤجَّل، كما في بلادنا الشامية اليوم، فإنَّ العرف لدينا مطرد على أنَّ المؤجَّل من المهر نصف المعجَّل مالم يصرَّح في العقد بخلافه.

٦٨/ ٥ ـ ب ـ العرف الخاص:

أما العرف الخاص فهو الذي يكون مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى.

وهذا العرف الخاص متنوّع كثير متجدد لا تحصى صوره ولا تقف عند حد، لأنَّ مصالح الناس وسبلهم إليها وإلى تسهيل احتياجهم وعلائقهم متجددة أبداً.

وذلك كعرف التجار فيما يعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة أو لا يعد عيباً، وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطاً إلى عدد معلوم من الأقساط، وعرفهم أن لا تقبل المبالغ الكبيرة من أجزاء النقود الصغيرة في الصفقة الواحدة إلا بنسبة معينة.

ومثل ذلك عرف المحامين اليوم على أنَّ جانباً معلوماً من أجور الدعاوى التي يتقبلونها كالنصف مثلاً يكون مؤجلاً ومعلَّقاً على ربح الدعوى، وصيرورة الحكم بها مبرماً، واستخراج وثيقة الحكم ووضعها في دائرة التنفيذ.

الفصل التاسع والستون

سلطان العرف

١/٦٩ ـ إنَّ العرف في نظر الشريعة الإسلامية يعدُّ مستنداً عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى شعب الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها، وتعديلها وتحديدها، وإطلاقها وتقييدها.

فالعرف تولِّده الحاجات المتجددة المتطورة، ثم يكون نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، ويكشف عن معاني كلامهم ومراميه، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات، وينير محجة القضاء.

ففي اعتبار العرف تسهيل كبير يغني عن كثير من النصوص التفصيلية في الأحكام التشريعية وفي عقود المعاملات، اعتماداً على ما هو معروف ومألوف في شتى الوقائع المحتملة.

٢/٦٩ ـ والعرف لا تغني عنه نصوص التشريع والتقنين، لأنها لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات، كما أنَّ كثيراً من أحكامها الآمرة نفسها مبنيٌّ على العرف، ويتبدل فيه الحكم بتبدل العرف، فلا يمكن ترتيب حكم ثابت فيه.

وقلما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه، حتى باب الجرائم والعقوبات.

ففي جريمة التعدي على الكرامة مثلاً بالشتم والإهانة إنما يعتبر من الكلام جرماً يستحق قائله العقوبة التعزيرية.ما يكون في عرف الناس شتماً وإهانة.

والعقوبة التعزيرية نفسها[1] إنما تكون شرعاً بالقدر الذي يعتبر كافياً للقمع في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم؛ بحيث لا تكون أكثر مما يستدعيه الجرم فتصبح هي ظلماً وجرماً، ولا أقل فيكون فيها تهاون في حقوق الناس، وتنتفي منها الرهبة الزاجرة.

وسنعرض فيما يلي النظرية الفقهية في سلطان العرف وحكمه في مختلف أنواعه السالفة البيان.

أولاً: سلطان العرف اللفظي

٣/٦٩ ـ النظر الفقهي في حكم هذا العرف اللفظي ومدى سلطانه أنَّ كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه، فينصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة. ذلك لأنَّ العرف الطارىء قد نقل تلك الألفاظ إلى معان أُخر صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ، في مقابل الحقيقة اللغوية.

فلو صرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم لترتب عليه إلزام المتكلم في عقوده وإقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرُّفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه.

وعن هذا أثبت الفقهاء القاعدة القائلة: **«الحقيقة تترك بدلالة العادة»** (م/ ٤٠)، ووضعوا المبدأ العام القائل:

«يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه، وإن خالفا لغة العرب ولغة الشارع» (ر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١٣٣ نقلاً عن فتاوى العلامة قاسم).

---

(١) العقوبة التعزيرية في الإسلام هي التي لم يحدِّد الشرع لها مقداراً ولا نوعاً، وإنما تركها مفوضة لآراء الحكام وأنظارهم بحسب المصلحة في كل زمن، كما تقدم في نظرية المؤيدات (ر: ف ٥٠/ ١).

فقد يكون معنى اللفظ في أصل اللغة طلاقاً فيصبح في العرف زجراً لا دلالة له على الطلاق، أو بالعكس.

وقد يكون معنى الكلام في أصل اللغة عقداً ملزماً فيصبح في العرف وعداً غير ملزم. وقد يكون معناه بيعاً ومعاوضة فيصبح هبة، ونحو ذلك. فالعبرة دائماً إنما هي للمعنى العرفي حين التكلم، لتثبيت الأحكام والالتزامات على وفقه ومقتضاه.

٦٩/ ٤ ـ وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أحكاماً كثيرة منها:

١ ـ أنه لو حلف الإنسان «**أن لا يضع قدمه في دار فلان**» انصرفت اليمين إلى معنى دخول الدار، لأنه المعنى العرفي، لا إلى مجرد وضع القدم الذي هو الحقيقة اللغوية. فلو دخلها راكباً دون أن تمسَّ قدمه أرضها يحنث في يمينه شرعاً وتجب عليه كفارة. ولو مدَّ رجله من خارجها فوضعها فيها دون أن يدخل لا يحنث. (ر: الدر المختار ٣/ ٨٤).

٢ ـ إذا شرط الواقف في صك وقفيته تعيين «**ناظر**» على وقفه، وكان معنى الناظر في عرف زمانه المتولي الذي يتولى إدارة الوقف من جباية وتعمير وإنفاق، حمل على معنى المتولي كما عليه العرف القديم، وإن كان معناه المشرف المراقب على المتولي انصرف إليه، كما عليه عرفنا الحديث.

وكذا لو وقف مالاً على ذريته وشرط أن توزع الغلة بينهم «**على الفريضة الشرعية**» فالراجح من رأي فقهائنا أنه يعطى للذكر منهم مثل حظ الأنثيين، لأنَّ هذا هو المعنى العرفي بين الناس لكلمة «الفريضة الشرعية» التي تفسَّر بها إرادة الواقف، إذ المراد بها التفاضل المعروف بين الذكر والأنثى في الميراث. فيحمل هذا التعبير على هذا المعنى العرفي له، وإن كان الأحسن شرعاً أن يسوي الإنسان في العطية بين الذكور والإناث من أولاده، لأنَّ العبرة إنما هي لإرادة الواقف في توزيع غلة وقفه. وإنَّ كلامه يجب تنزيله على لغته وعرفه التي تعبر عن إرادته المحترمة، لا على المسلك الأفضل إذا كان خلاف إرادته.

ومثل حكم الوقف في هذا حكم الوصية (ر: رسائل ابن عابدين ٢/ ١٤٥).

وكذلك لو شرط الواقف إعطاء دنانير أو دراهم معدودة شهرياً أو سنوياً، وكان الدينار أو الدرهم في عرف زمانه بوزن معين، ثم تبدل وزنه، فالعبرة للقدر الذي كان في زمانه.

٣ ـ ينعقد بيع الثمار على أشجارها بلفظ **«التضمين، والضمان»** في بلادنا الشامية، لأنه اللفظ العرفي فيها اليوم بين أهل البساتين والكروم.

فيقول البائع: «ضمنتك» ويقول المشتري «ضمنت»، مع أنَّ التضمين والضمان في لسان الشرع معناهما الإلزام والالتزام بقيمة المتلفات ونحوها.

وكذلك ينعقد بيع أحد الشريكين في الدابة المشتركة حصته لشريكه الآخر بلفظ **«المقاصرة»** لتعارفهم هذا اللفظ في هذا البيع. فيقول البائع: «قاصرتك على حصتي بكذا» ويقبل الشريك المشتري. (ر: رد المحتار أول البيوع ٤/ ٩).

٤ ـ يصح للبائع أن يشترط في عقد البيع البراءة العامة من ضمان العيوب، وعندئذ لا يحق للمشتري الرجوع عليه بشيء مهما ظهر في المبيع من عيوب.

وعليه لو باع الإنسان اليوم شيئاً وعبر عن هذا التبرؤ من ضمان العيوب ببعض التعابير العرفية، كما لو باع شيئاً على أنه **«حاضر حلال»** أو **«كوم تراب»** أو **«حراق على الزناد»** أو نحو ذلك من التعابير التي اعتادها اليوم العوام في هذا المقام، فليس للمشتري رد المبيع بعيب ما ظاهر أو خفي، لأنَّ الناس تعارفوا بهذه التعابير اشتراط براءة البائع من ضمان العيوب كافة. (ر: المجلة/ ٣٤٣/ وشرحها للأتاسي، وانظر أيضاً رد المحتار ٤/ ٩٥).

٥ ـ إذا تعارف النّاس إيقاع الطلاق بألفاظ أو تعابير جديدة فشا

استعمالها بينهم فإنها يقع بها الطلاق، ولو كانت في أصل اللغة لا تقتضي الوقوع، كلفظ «**عليَّ الطلاق**» الذي يستعمله الرجال في هذا الزمان عند إرادة التطليق، مع أنَّ الطلاق وصف يقع على المرأة التي هي محله شرعاً لا على الرجل[١].

٦٩/ ٥ - يتضح من الأمثلة السابقة البيان أن العرف اللفظي بوجه عام تنشأ به لغة جديدة تكون هي المعتبرة في تنزيل كلام الناس عليها، وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات بحسب المعاني العرفية.

واللغة العامية في كل مكان هي من هذا القبيل. فيحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم. وقد يختلف فيه بلد عن آخر، فيعتبر في كل مكان عرفه الخاص في التخاطب.

وإن ما تفيده أساليب العوام البيانية من عقد، أو تعليق، أو تنجيز، أو إذن، أو إجازة، أو غير ذلك، هو معتبر وإن خالف مذاهب النحويين في قواعد اللغة الفصحى (رسائل ابن عابدين ٢/ ١٣٧ و١٣٨).

ثانياً: سلطان العرف العملي

٦٩/ ٦ - إن النظر في نصوص الفقهاء، ينبىء بأن العرف العملي في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام وتقييد آثار العقود وتحديد الالتزامات على وفق المتعارف، وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصاً تشريعياً[٢].

---

(١) حتى لو قال الرجل لزوجته: «أنا منك طالق» لا يقع به طلاق وإن نواه، لأنَّ الرجل لا يكون طالقاً بل مطلِّقاً. وإنما صحَّ تطليق الزوجة بقوله: «عليّ الطلاق» لأنَّ هذا اللفظ قد أصبح في العرف والاستعمال نظير قوله لامرأته: «أنت طالق» أو قوله: «طلَّقت امرأتي» (ر: رد المحتار ٢ /٤٣٢ و٤٤٦ وبهجة المشتاق لأحكام الطلاق ص١٦ - ١٧).

(٢) فإذا عارض العرف نصاً تشريعياً أو قياساً فلفقهاء الشريعة عندئذ موقف من سلطان العرف ونظر تفصيلي في اعتباره وعدمه سوف نراه فيما بعد.

فالعرف عندئذ يعتبر مرجعاً ومنبعاً للأحكام، ودليلاً شرعياً عليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية.

فقد قال الإمام السرخسي في المبسوط: **«الثابت بالعرف كالثابت بالنص»**.

وقال البيري في شرح «الأشباه والنظائر» لابن نجيم «نقلاً عن المشرع»: **«الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي»**.

(ر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٥).

وفي هذا المعنى جاءت المادة /٤٥/ من المجلة بالقاعدة القائلة: **«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»**.

هذا وقد قدمنا أن العرف العملي يتناول قسمين: عرف الأفعال العادية الحيوية، وعرف المعاملات المدنية (ر: ف ٦٨/ ٣).

وسنعرض فيما يلي طائفة من الأحكام التي بناها الفقه الإسلامي على اعتبار العرف العملي (بقسميه هذين)، يتجلى بها ما اعتبر له فقهاؤنا من سلطان على توجيه الأحكام، وفرض الالتزامات، ضمن الحدود الشرعية.

أ ـ عرف الأفعال العادية:

٦٩/ ٧ ـ إنَّ الأفعال العادية ـ وإن كانت أفعالاً شخصية حيوية، وليست من قبيل المعاملات والعلائق المدنية الحقوقية ـ عندما يتعارفها الناس وتجري عليها عادات حياتهم يصبح لها سلطان وتأثير في توجيه أحكام المعاملات المدنية التي تتصل بتلك الأفعال إلى وجهة تتفق مع المقاصد العرفية.

فمن الأمثلة على سلطان عرف الأفعال العادية، وتأثيره في أحكام التصرُّفات والعقود في الفقه الإسلامي، المسائل التالية:

١ ـ لو كانت عادة قوم أن يأكلوا لحوم الغنم فحلف أحدهم: «أن لا

يأكل لحماً» تنصرف يمينه إلى اللحم المعتاد أكله بينهم دون سواه. فإذا أكل لحم البقر أو الإبل أو السمك لا يحنث فلا تلزمه كفارة اليمين وإن كان ذلك يسمى أيضاً لحماً في لغة الحالف.

كذلك لو حلف «لا يركب» أو «لا يركب حيواناً» فإنه لا يحنث بركوب أي حيوان كان، ولا بركوبه على إنسان وإن كان الإنسان نوعاً من الحيوان، وإنما يحنث إذا ركب ما يعتاد ركوبه من البهائم (ر: رد المحتار كتاب الأيمان ٣/ ٩٠ ـ ٩١).

ومقتضى ذلك أنه لو كان الحالف من أهل المدن في هذه العصور لا يحنث بركوب الجمل في المدينة، ويحنث بركوبه إذا كان مسافراً، كما يحنث الهندي دون العربي بركوب الفيل.

والعلة الفقهية في ذلك وأمثاله أنَّ العرف العملي يقيد إطلاق اللفظ ويصرف اليمين إلى العمل المعتاد كالعرف اللفظي، لما تقرر في القواعد أن **«العادة محكَّمة»**[1] (م/ ٣٦)، أي إنَّ لها في نظر الشرع حاكمية تخضع لها أحكام التصرُّفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة والعرف (ر: رد المحتار ٣/ ٨٦ و٩٠ ـ ٩١).

٢ ـ ولو وكل إنسان وكيلاً بشراء لحم أو خبز أو ثوب مثلاً تقيد عقد الوكالة بنوع اللحم أو الخبز المعتاد أكله، وبالثوب المعتاد لبسه، فلو اشترى له نوعاً آخر غير معتاد لا يسري الشراء على الموكل بل يلتزم به الوكيل (ر: رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٥).

٣ ـ إنَّ نفقة الزوجة تجب على زوجها في الاجتهاد الحنفي بالقدر المتعارف المعتاد بين أمثالهما وبحسب حالهما غنى وفقراً. فإن كانا من الأوساط فنفقة الوسط، وإن كانا غنيين فنفقة الأغنياء، أو فقيرين فنفقة الفقراء (ر: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا المصري

---

(١) محكَّمة: بتشديد الكاف المفتوحة، اسم مفعول من التحكيم.

م/١٧٣ و١٨١ و١٨٤). وهنا نجد عرف الناس في طراز المعيشة ومستواها قد فرض حدوداً شرعية لالتزام النفقة الذي أوجبه الشرع على الزوج.

٤ ـ وكذا لو استأجر دابة للحمل، فإنَّ له تحميلها النوع والقدر المعتاد مما لا ضرر منه عليها، فليس له أن يحملها أكثر من طاقتها المعتادة مطلقاً، ولا أن يحملها الأشياء الثقيلة كالحديد والأحجار إلا أن يأذن المؤجر. وعندئذ يتقيد من حيث المقدار أيضاً بطاقتها المعتادة؛ وإلا كان ضامناً للدابة إذا تلفت، إذ يعتبر متعدياً (ر: المجلة /٥٥٥/ وشروحها، ورد المحتار في الإجارة ٥/٢٢).

٥ ـ من اللازم في إجارة العقار تعيين نوع المنفعة المقصودة بصورة تمكن من حسم النزاع.

ومع هذا يصح استئجار الدار والحانوت دون بيان ما استؤجرا لأجله. وعندئذ يصار إلى تحكيم العرف والعادة في كيفية استعماله وفي سواغية ربط الدواب فيه، وليس له أن يمارس فيه ما يوهن أو يضر البناء كالحدادة والقصارة ونحوهما، لأنَّ من الملحوظ منعه عرفاً إلا بإذن المؤجر (المجلة: ٥٢٧ و٥٢٨).

فإذا لم يكن تعيين كيفية الاستعمال ممكناً بالعرف وجب بيانه بالعقد كما في استئجار الأرض للزراعة، فإنه يشترط في العقد بيان ما يراد زرعه فيها، أو التصريح بأنَّ للمستأجر أن يزرع ما شاء؛ وذلك لاختلاف أنواع المزروعات في نفع الأرض وضررها (ر: المجلة/ ٥٢٤).

ولم يلجأ الفقهاء هنا إلى تحكيم العادة والعرف لأنَّ الناس تزرع في الأرض شتى الأصناف القابلة لها، ولكن تتفاوت رغبات المؤجرين والأجور بالنسبة إلى أصناف المزروعات بحسب درجة تأثيرها في قوة الأرض الإنباتية.

٦ ـ تدل الفروع الفقهية في أحكام الجوار أنه لا يجوز لأحدٍ ذي حق

في منفعة أن يتجاوز في استيفاء حقه إلى حد يضر بغيره فلو فعل كان ضامناً للضرر.

ومقياس التجاوز وعدمه إنما هو العرف والعادة.

فلو أوقد صاحب الأرض أو مستأجرها ناراً في الأرض فتطاير منها ما أحرق شيئاً لجيرانه من بيادر أو غيرها؛ فإن كان أوقدها بصورة معتادة عرفاً فهو غير ضامن، وإن تجاوز المعتاد أو أوقدها في هبوب الريح كان ضامناً (ر: الدرر شرح الغرر آخر الإجارة ٢/ ٢٤٠)[1].

٧ ـ وكذلك ليس للمستعير أن يجاوز المعتاد عرفاً في كيفية استعمال العارية. فإن فعل كان ضامناً إن هلكت أو تضررت، رغم أنَّ العارية في الأصل تعتبر أمانة في يده غير مضمونة. وذلك لأنه بتجاوزه المعتاد في استعمالها يصبح في العرف متعدياً.

٨ ـ إنَّ مقتضى عقد الإيداع أن يحفظ الوديع الوديعة بنفسه في حرز مثلها عرفاً، وأن لا يودعها عند غيره، لأنَّ مبنى الإيداع على الثقة الشخصية بالوديع نفسه.

على أنَّ الفقهاء سوَّغوا للوديع على سبيل الاستثناء أن يحفظ الوديعة بواسطة من في عياله من زوجة أو ولد كبير أو أجير خاص غير مياوم، لأنَّ الوديع لا يستغني عن الاستعانة بهم، ولا يعتبر بذلك مقصراً في الحفظ عرفاً، فلا يضمن الوديعة إذا تلفت أو سرقت عندهم، لكن بشرط أن لا يحفظها إلا عند من يحفظ مثلها عند مثله عادة وعرفاً، فيحفظ مثلاً فرس الوديعة عند سائسه أو خادمه، ويحفظ عقد الجوهر عند زوجته. فلو حفظ العقد النفيس عند الخادم كان مفرطاً مقصراً عرفاً فيضمنه إن ضاع أو تلف (ر: المجلة / ٧٨٠ ـ ٧٨٢ وشروحها).

---

(١) وهذا يتلاقى ويتفق مع ما استقرَّ عليه التفكير القانوني اليوم في النظرية الحقوقية الحديثة المسماة: **نظرية التعسف في استعمال الحق**: abus de droit فالشريعة الإسلامية قد سبقت إلى تقرير موضوع هذه النظرية في شتى فروع الأحكام التي يعرفها المطلعون.

٨/٦٩ ـ هذه أمثلة يسيرة في شتى الأحكام الكثيرة التي تزخر بها الفصول الفقهية من كل باب، يتجلى بها مالعرف الأفعال العادية في الأكل والشرب واللبس والركب والحفظ والانتفاع إلخ... كمية وكيفيةً من سلطان يقيد العقود، ويحدِّد حدود الالتزامات، وينشىء الضمانات في العلائق المدنية.

ب ـ عرف المعاملات المدنية:

٩/٦٩ ـ عندما يكون عرف الناس منصباً على توزيع الحقوق والالتزامات بين طرفين في بعض المعاملات المدنية دون أن يصادم نصاً تشريعياً آمراً يكون من الطبيعي، بل من البديهي احترام سلطان هذا العرف في إثبات الحقوق وانتفائها، لأنه عندئذ يكون في قوة العبارة المنشئة للحق، وصراحة الشروط الجائزة، إذ يعتبر أن المتعاقدين يتركان التصريح بما جرى عليه التعارف، اعتماداً منهما على العرف.

بل قد جاءت النصوص التشريعية من السنة النبوية ذاتها في بعض فروع الأحكام معللة بالعرف كما سنرى في الفرع الثالث الآتي:

وعلى هذا وضعت القاعدة السالفة البيان: **«التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»** والقاعدة الأخرى القائلة: **«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»** كما قرَّر الفقهاء كثيراً من الأحكام المبنية على العرف والتعامل، وأحالوا أيضاً على عرف المعاملات في كثير من المواطن التفصيلية التي يخضع تفصيل جزئيات الحقوق فيها لحكم هذا العرف.

١٠/٦٩ ـ فمن أمثلة ذلك المسائل الآتية:

١ ـ قرَّر الفقهاء أنه يجوز للصديق وهو في بيت صديقه أن يأكل مما يجد أمامه، وأن يستعمل بعض الأدوات للشرب ونحوه بلا إذن صاحب البيت، لأنَّ ذلك مباح له عرفاً. فلو انكسرت الآنية أثناء استعماله المعتاد، أو تلفت بآفة سماوية لا يكون ضامناً لها شرعاً كما يضمن الغاصب، لأنه لم يعتبر متعدياً.

وكذلك قالوا: يجوز للإنسان أن يتناول من الثمار الساقطة المتروكة تحت شجرها في أراضي البساتين بلا إذن صاحبها إذا كانت من الأنواع التي يتسارع إليها الفساد لو بقيت، لأنَّ العرف على إباحة ذلك. فلا يكون ضامناً لما أكل، إلا أن ينهاه صاحبها عن التناول منها، أو يكون صاحبها قائماً بتتبعها وجمعها، فلا بد عندئذ من الإذن.

فهنا قد ورد العرف على إباحة المال، واعتبر نافياً للضمان.

٢ ـ ثبت في السنة بشأن الفتاة البكر البالغة إذا استأذنها وليها في عقد نكاحها أنَّ النبي ﷺ قال: «**إذنها صُمَاتها**»[١] أي إنَّ سكوتها عن الجواب دون رفض أو تفويض: يعتبر منها إذناً وتوكيلاً فيسري عليها التزويج المبني عليه.

وقد عُلِّل ذلك بدلالة العرف، إذ يغلب على الفتيات الأبكار في هذا المقام الخجل من إبداء الرغبة عادة بينما لا يخجلن من إظهار الرفض كما تقدَّم في بحث القياس (ر: ف ٣/ ٧ سابعاً).

وموضوع العرف هنا ليس عملاً حيوياً عادياً، بل معاملة مدنية هي الإذن بالتزويج. فقد حقق النص التشريعي عقد الوكالة بالسكوت بناء على هذا العرف المدني.

٣ ـ ونظير ذلك عقود التعاطي التي أقرَّ الفقهاء فيها انعقاد المعاوضات المالية بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ؛ كما لو سأل راغب الشراء صاحب البضاعة عن سعرها فبينه له، أو وجد سعرها مكتوباً عليها، فدفعه له وأخذها ومضى، وكلاهما ساكت؛ فإنَّ البيع ينعقد بينهما شرعاً. ومستند الفقهاء في ذلك هو العرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول في عادة الناس.

---

(١) حديث: «البكر رضاها صمتها» أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ١٩١ ـ ط السلفية) وفي رواية: «سكاتها إذنها» وفي لفظ له «قال: إذنها صُماتها».

٤ ـ إنَّ الالتزامات التبعية الناشئة بعقد المعاوضة كأجرة السمسار وكتابة الصك، وأجرة إخراج البضاعة المبيعة من مستودعها، وأجرة كيلها أو وزنها لأجل تسليمها، وكلفة وزن الثمن أو نقله إذا كان مما يحتاج إلى كلفة، وأجرة قطع الثمار المبيعة على شجرها إلخ... كل ذلك إن سكت المتعاقدان فيه عن بيان ما يلتزم به كل منهما فقد اعتبر الفقهاء العرف أولاً في إلزام كل منهما بما تعورف أنه يلزمه.

فإن لم يكن عرف فقد نصبوا لها ضابطاً يقوم على أساس أن ما يتوقف عليه تسليم الثمن فعلى المشتري، وما يتوقف عليه تسليم المبيع فعلى البائع، مع بعض تفصيل معروف في محله (ر: المجلة/ ٢٨٨ ـ ٢٩٢).

فقد اعتبروا العرف في توزيع هذه الالتزامات على الطرفين مقدَّماً على الضابط الفقهي في توزيعها.

ومثل ذلك ما جرى العرف ببيعه محمولاً على حساب البائع إلى بيت المشتري، فإنَّ حمولته عندئذ يلزم بها البائع عملاً بالعرف، وإلا فالأصل أن تكون حمولة المبيع على المشتري.

٥ ـ في باب شمول المبيع قرر الفقهاء من جملة قواعده أن كل ما جرى عرف الناس على تبعيته للمبيع يدخل في البيع بلا ذكر، ويستحقه المشتري بلا ثمن إضافي.

ففي بيع البعير يدخل خطامه الموجود عليه، وفي بيع الفرس يدخل رسنها كذلك، لتعارف الناس على هذا في الدواب التي تحتاج إلى مقود. بخلاف بيع الحمار والغنمة فإنه لا يدخل فيه مقودهما إلا إذا ذكر في العقد لعدم العرف، ولكن تدخل قلادة الحمار (ر: المجلة ومرآتها وشرح الباز وعلي حيدر، م/ ٢٣٢).

وفي بيع الدار يدخل مفتاحها، وفي بيع الدراجة المسماة بالإفرنجية

(بيسيكليت) يدخل منفاخها والمفاتيح الأساسية لفك أجزائها، وحقيبة أدواتها التي تعلق عليها للعرف في ذلك، ولكن لا يدخل مصباحها إلا بالذكر لعدم العرف.

وفي بيع السيارة اليوم كذلك يحكم العرف فيما يتبعها بلا ذكر أو لا يتبعها[١].

٦ ـ مما يشترط لصحة البيع شرعاً معلومية الثمن، أي تحديده في العقد نوعاً وقدراً، أو أن يكون معيَّناً بالذات كما لو كان حاضراً مشاراً إليه.

ولكن صرَّح الفقهاء أنه إذا وقع البيع بمبلغ من الدنانير أو الدراهم مثلاً دون أن يبيِّن العاقد نوعها، وكان في البلد منها أنواع مختلفة في القيمة والرواج، فإنَّ العقد يصرف بحكم العرف إلى النوع الأروج، أي الأكثر تعاملاً وتداولاً بين الناس في بلد العقد، ويكون كل من العاقدين ملزماً بذلك.

فإذا كانت أنواعها متساوية في الرواج مع اختلاف القيم فعندئذ يفسد البيع ويستحق الفسخ (المجلة/ ٢٤٠ وشروحها)، وذلك لتأديته إلى نزاع مشكل: فإنَّ البائع عندئذ يطلب الأعلى قيمة، والمشتري يتمسك بالأدنى، ولا يوجد عرف يرجع إليه لتساويهما في الرواج.

---

(١) وفي حقوق العقار الارتفاقية كالشرب والممر والمسيل يذكر الفقهاء أنها لا تدخل في بيع الدار ونحوها إلا إذا ذكرت في العقد، أو ذكر أن الدار بيعت بحقوقها ومرافقها جملة، ونحو ذلك من الألفاظ العامة التي تتناولها (ر: المجلة / ٢٣٥ وشروحها والدرر ٢/ ١٤٩).

ولكن العلامة ابن عابدين أفتى بدخول حق الشرب من الأقنية والأنهار في الديار الشامية، وإن لم يذكر في بيع الدار ما يشعر بدخوله، لأنَّ عرف هذه البلاد على ذلك (ر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١٣٦).

أقول: وينطبق أيضاً هذا في مدينة دمشق اليوم على ما يخص عقاراتها من مياه «الفيجة» التي تشترى لها وتمد إليها بالأنابيب، فإنَّ العرف على دخولها بلا ذكر.

لكن في الأراضي الزراعية ذات حقوق الشرب من الأنهار الخاصة لا يدخل الشرب في بيع الأرض إلا بذكره أو ذكر الحقوق والمرافق، لأنهم متعارفون على التصرف بشرب الأراضي بيعاً وشراءاً منفرداً عن الأرض.

٧ ـ إنَّ كيفية دفع أجرة المأجور يتبع فيها شرط العاقدين.

فإن لم يشترطا فإنَّ كيفية الدفع عندئذ تخضع للعرف في التعجيل أو التأجيل أو التنجيم، أي التقسيط.

فإن لم يكن في ذلك عرف معروف ففي كيفية دفع الأجرة في إجارة العقار، أو الأشخاص، أو الأشياء والحيوان، يوجد تفصيل فقهي مبين في كتاب الإجارة من المدونات الفقهية، وفي المواد/ ٤٦٦ ـ ٤٨٣/ من المجلة.

فالنظر في ذلك إلى العرف، عند عدم الشرط العقدي، هو المقدَّم فقهاً.

٨ ـ لو جهز الأب ابنته من ماله في زواجها، ثم اختلف وإياها في أن ما أخرجه لها كان على سبيل العارية فيحق له استرداده، أو كان على سبيل التمليك فهو لها؛ وكذلك لو ماتت البنت، والحالة هذه، فوقع الاختلاف في ذلك بين الأب والزوج من أجل نصيبه الإرثي، فالذي استقرَّ عليه رأي الفقهاء في هذا المقام هو تحكيم العرف بالنظر إلى عادة الناس وحال الأب من حيث الوجاهة وعدمها:

ـ فإذا كان العرف مستمراً أو غالباً أنَّ مثل هذا الأب إنما يخرج مثل هذا الجهاز عادة على سبيل التمليك، فالقول للبنت لو كانت حية، أو للزوج لو متوفاة.

ـ أما إذا كان في العادات الجارية أنَّ مثل هذا الأب لا يخرج مثل هذا الجهاز تمليكاً فالقول للأب في أنه عارية (ر: كتاب «القول الحسن في جواب: **«القول لمن؟»**[1] في باب الهبة، ورسائل ابن عابدين، ٢/ ١٤٣ نقلاً عن أمهات كتب المذهب الحنفي**).

---

(١) مسائل «القول لمن؟» هي الوقائع التي يشتبه فيها أمر الفصل القضائي في مزاعم المتداعيين المتعارضة، ويحتاج فيها إلى نظر وتأمل في تخريجها الفقهي وترجيح قول أحدهما ترجيحاً مبدئياً حتى يثبت خصمه خلافه، وقد أوردت بعضها المجلة في فصل «القول لمن» (م/ ١٧٧١ ـ ١٧٨٣).

وهكذا في كثير من مسائل «**القول لمن؟**» يستند الفقهاء إلى العرف في الترجيح القضائي بين مزاعم المتداعيين، فيرجحون مبدئياً قول من يشهد له العرف حتى يثبت خصمه خلافه بالبيّنة.

٩ ـ في قضية الرسائل والصكوك نصّ الفقهاء على أنها لكي تعتبر وتكون كالنطق باللسان يجب أن تكون مكتوبة وفقاً للعرف والعادة، بأن تكون **مستبينة مرسومة**.

ومعنى كونها مستبينة أن تكون على شيء تظهر عليه، فلا عبرة للكتابة بالأصبع مثلاً على الهواء أو الماء أو الجدار، ولا ينعقد بها تصرُّف.

ومعنى كونها مرسومة أن تكون محرَّرة وفقاً للمراسم والتقاليد المعتادة.

ففي الرسالة المكتوبة يجب اليوم أن تكون على قرطاس، ومعنونة، ومصدرة ببيان المرسِل والمرسَل إليه كقولهم من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان، ومختومة بخاتم المرسل أو موقعة بتوقيعه (ر: المجلة/ ٦٩ وشرحها للأتاسي، ورد المحتار ٢/ ٤٢٨).

فالكتابة اليوم على عظم أو جلد أو ورقة شجرة لا عبرة لما فيها من خطاب بإيجاب بيع أو شراء أو طلاق أو غير ذلك. وكذلك إذا كان الكتاب على قرطاس ولكنه لم يكون معنوناً، لأنَّ كل ذلك يعتبر غير مرسوم.

أقول: في عرفنا اليوم لا حاجة إلى تصدير الكتاب بذكر المرسِل. بل يكفي تصديره باسم المرسَل إليه، ثم توقيع المرسِل في ذيل الكتاب.

ومن العرف الزمني اليوم الاكتفاء في تحرير الصكوك بتوقيع ذي العلاقة عليها فقط دون خطاب في أولها، ودون بيان أنَّ الموقع يقرُّ ويعترف بمضمونها. فمجرد توقيعه على صك يتضمن عقداً بينه وبين غيره، أو تصرُّفاً من تصرفات الإرادة المنفردة كطلاق أو وصية أو وقف، يعتبر إقراراً خطياً من الموقع بمضمون الصك.

حتى إن من العرف التجاري الذي يؤيِّده قانون التجارة أنَّ مجرد توقيع الشخص الثالث على سند الأمر المسمى (كمبيالة) دون ذكر أية عبارة، يعتبر كفالة منه؛ وأن المستفيد من سند الأمر إذا وقع في ظهره توقيعاً مجرداً على بياض وسلمه لشخص كان ذلك التوقيع حوالة منه إلى المستلم، أو إلى من يختاره المستلم.

فكل ذلك أعراف معتبرة تثبت لها أحكامها شرعاً.

هذا، ومما يجدر التنبيه إليه من العرف الزمني في أمر الصكوك أنَّ التوقيع على صك من شخص ذي علاقة، ولو كان هو غير العاقد، يعتبر رضا بالعقد في عرف الناس اليوم، لأنَّ وضع التوقيع إنما يقصد به غرض توثيقي، وإلا كان عبثاً، فهو يوضع عادة للتعبير عن الرضا والموافقة.

وعلى هذا لو عقد فضولي[1] إجارة على مال شخص، وكتب بالعقد صك وقعه العاقدان، ثم اطلع عليه المالك فوقعه باسمه أيضاً. فتوقيع المالك يعتبر بحسب العرف إجازة لعقد الفضولي، فينفذ على المالك[2].

١١/٦٩ ـ هذه صور متنوعة أوردناها على سبيل التمثيل. وقد اقتطفناها من مختلف النواحي الفقهية التي تغلغل فيها تأثير العرف المدني في المعاملات، وهي غيض من فيض. ومنها يعرف ما أقره النظر الفقهي للعرف في المعاملات أيضاً من حاكمية وسلطان.

نتيجة:

الأحكام المبنية على العرف تتبدل بتبدله:

١٢/٦٩ ـ ومن الواضح بعدما تقدَّم أن جميع ما بني من الأحكام على العرف يتبدل بتبدل العرف، ويدور معه كيفما استدار. ذلك لأنَّ من

(١) الفضولي: هو الذي يتصرّف عن غيره بلا إذنه تصرّفاً قولياً، كبيع وإجارة ونحوهما. فيكون عقده موقوفاً على إجازة صاحب حق التصرف، فإن أجازه نفذ وإن رده بطل. (وانظر ما تقدم ف ٥/٣٨ سابعاً).

(٢) وهذه حادثة الفتوى من وقائع العصر، وقد سئلت عنها فأجبت بهذا الجواب.

المقرَّر فقهاً أنَّ الحكم يدور مع العلة. وعن هذا وضعت القاعدة الفقهية القائلة: «**لا ينكر تغيُّر الأحكام بتغير الأزمان**» (ر: المجلة/ ٣٩ وشروحها).

ولا فرق في العرف الذي تخضع له الأحكام بين العرف العام والعرف الخاص، غير أنَّ العرف الخاص بمكان أو بفئة من الناس يقتصر اعتباره وسلطانه على المكان أو الفئة اللذين استقرَّ العرف فيهما، ولا يتعداهما. فقد يكون العرف اللفظي أو العملي في موضوع ما، كمعنى كلمة **الفريضة الشرعية**، وكتأجيل قدر من المهر أو تقسيط أجرة العقار، مختلفاً بين مكان وآخر، فيجري على أهل كل مكان حكم عرفهم الخاص. وسيأتي لذلك مزيد بيان.

(ر: شرح المجلة لعلي حيدر وللأتاسي م/٣٦ ـ ٤٠/ و «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» للشهاب القرافي المالكي في جواب السؤال ٣٩ص٦٨).

الفصل السبعون

شرائط اعتبار العرف

١/٧٠ ـ إنَّ ما تقدم بيانه من الاعتبار الشرعي للعرف، وماله من سلطان في ميدان الأحكام العملية بين الناس توليداً وتحديداً، مشروط بشرائط يجب توافرها في العرف لكي يكون له هذا السلطان.

وتلك الشرائط التي يذكرها الفقهاء والأصوليون في مناسباتها المختلفة تتلخص بأربع:

١ ـ أن يكون العرف مطرداً أو غالباً.

٢ ـ أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها.

٣ ـ أنْ لا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه.

٤ ـ أن لا يعارض العرفَ نصٌ شرعيٌّ بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له.

وسنتولى إيضاح هذه الشرائط فيما يلي:

٢/٧٠ ـ الشريطة الأولى: أن يكون العرف مُطَّرداً أو غالباً:

المراد هنا من اطراد العرف بين متعارفيه أن يكون عملهم به مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلَّف. فالعرف مثلاً على تقسيم المهر في النكاح إلى معجَّل ومؤجَّل إنما يكون مطَّرداً في البلد إذا كان أهله يجرون على هذا التقسيم في جميع حوادث النكاح.

والمراد من غلبة العرف أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في أكثر الحوادث.

فاشتراط الاطراد أو الغلبة في العرف معناه اشتراط **الأغلبية العملية** فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث(١).

فإنَّ العادة تسمى عرفاً متى اعتادها أكثر القوم ولو كانوا لا يجرون عليها إلا في أقل أعمالهم. وإذا تساوى عملهم بها وعدمه سميت **عرفاً مشتركاً**، وهو لا يعتبر في معاملات الناس، ولا يصلح مستنداً ودليلاً للرجوع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة، لأنَّ عمل القوم به أحياناً إذا صلح دليلاً على قصدهم إلى تحكيمه فتركهم له أحياناً مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة.

ومن ثم كان من شرائط اعتبار العرف، بنوعيه اللفظي والعملي، أن يكون مُطَّرداً أو غالباً بهذا المعنى.

والاطراد أو الغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاماً، فإنَّ عموم العرف غير اطراده:

- فالعرف العام هو الذي يكون منتشراً في جميع البلاد.

- والعرف الخاص هو الذي يتعارف في بلد أو بلدان معينة دون سواها، أو بين أهل حرفة أو صناعة مخصوصة دون سواهم، كما تقدم.

فكل من العرف العام والخاص يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه **مطرداً أو غالباً على أعمال أهله**، لأنَّ العرف، وإن كان عاماً، قد يكون غالباً في أعمال الناس بالمعنى المشروح أو لا يكون.

---

(١) أما الأغلبية العددية بمعنى أن يكون العرف جارياً بين جميع القوم أو أكثرهم فهي ليست من قبيل الشرائط، بل هي ركن في تكوين العرف لا يتحقق معناه دونها؛ وهي النصاب العددي الذي تقدم بيانه لتحقق معنى العرف، لأنَّ العادة الفردية لا تصبح عرفاً إلا إذا اعتادها أكثر القوم في بيئتها، إذ العرف هو عادة الجمهور (ر: ف ٦٧/ ١٠ ـ ١١).

٧٠/ ٣ ـ الشريطة الثانية: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرُّفات قائماً عند إنشائها:

العرف إنما يعمل فيما يوجد بعده لا فيما مضى قبله.

فالعرف الحاكم في أمر من الأمور بين الناس يجب أن يكون موجوداً عند وجود هذا الأمر ليصح حمله عليه. وهذا احتراز عن العرف الحادث، فإنه لا عبرة له بالنسبة إلى الماضي ولا يحكم فيه.

وهذه الشريطة أيضاً شاملة للعرف اللفظي والعملي:

أ ـ ففي العرف اللفظي رأينا أنَّ كلام المتصرِّف بالإرادة المنفردة كالوقف والحلف والنذر والوصيَّة والطلاق، وكذا كلام العاقد في العقود، إنما يحمل على معانيه العرفية دون معانيه اللغوية في أصل اللغة. ولكن هذا العرف اللفظي الذي تحمل عليه معاني الكلام إنما هو العرف القائم حين صدور هذه التصرُّفات من أصحابها، لأنه هو الذي يعيِّنُ مراد المتكلم.

فإذا تغيَّر العرف بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ والتراكيب الواردة في الوقفيات والوصايا وسائر الصكوك فلا عبرة للعرف الحادث في تفسير التصرُّفات القولية الواقعة في ظل العرف القديم، وإنما الذي يحمل على العرف اللفظي الجديد هو ما يصدر بعده من تصرفات.

فلفظ **«على الفريضة الشرعية»** مثلاً في كلام الواقفين والموصين معناه العرفي إلى اليوم أن يكون للذكر من غلة الوقف أو مال الوصية ضعف ما للأنثى. فلو تبدَّل العرف في هذا التعبير فأصبح معناه التساوي في الحصص بين الذكور والإناث لا يؤثِّر هذا التبدُّل في أحكام الوقفيات والوصايا السابقة الجارية على مقتضى العرف اللفظي الأول.

يقول العلامة ابن نجيم في (الأشباه والنظائر الفن الأول ١/ ١٣٣):

«العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخِّر. ولذلك قالوا: لا عبرة بالعرف الطارىء» ومثل ذلك يقال في نصوص الشارع أيضاً.

فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص، لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة لتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى.

فمثلاً لفظ «**في سبيل الله**» من آية مصارف الزكاة له معنى عرفي إذ ذاك، هو مصالح الجهاد الشرعي، أو سبل الخيرات مطلقاً على اختلاف بين العلماء في ذلك.

ولفظ «**ابن السبيل**» فيها أيضاً معناه العرفي: من ينقطع من الناس في السفر[١].

فإذا تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير، فأصبح مثلاً معنى «سبيل الله» طلب العلم خاصة، وأصبح معنى «ابن السبيل» الطفل اللقيط الذي لا يعرف له أهل، فإنَّ النص التشريعي يظل محمولاً على معناه العرفي الأول عند صدوره، ومعمولاً به في حدود ذلك المعنى، لأنه هو مراد الشارع، ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة بعد ورود النص. يقول القرافي:

«دلالة العرف مقدَّمة على دلالة اللغة لأنَّ العرف ناسخ للغة، والناسخ يقدّم على المنسوخ. فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة، ولا عبرة في هذا البيع لتبدل العادات بعده في النقود، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات» اه باختصار[٢].

ب ـ وفي العرف العملي أيضاً إنما يعتبر في كل تصرُّف من الأعراف المؤثرة فيه ما كان موجوداً عند التصرف دون الحادث بعده.

فلو تبدَّل عرف الناس مثلاً فيما يعدُّ عيباً في المبيع، أو فيما يدخل

---

(١) ر: تفسير الجلالين، سورة التوبة الآية ٦١، ورد المحتار: باب المصرف في الزكاة ٢/ ٦١.

(٢) ر: كتاب «مالك» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ف/ ٩٣ ص٢٥٠ نقلاً عن «تنقيح الفصول» للقرافي ص ١٩٤.

في البيع تبعاً للمبيع، أو في تقسيط أجرة العقارات المأجورة، أو في كون سنة الإيجار شمسية أو قمرية، أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجَّل ومؤجَّل، إلى غير ذلك من الشؤون، فإنَّ العرف الحادث لا يسري على التصرفات السابقة ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها، وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله.

٧٠/ ٤ ـ الشريطة الثالثة: أن لا يعارض العرفَ تصريحٌ بخلافه:

هذه الشريطة قيد أساسي في القاعدة المتقدمة في بيان عرف المعاملات، وهي أن «**المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً**».

فقد تقدم أن علة تنزيل الأمر المعروف منزلة المشروط هي أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف وعدم اشتراطهم إياه صراحة يعتبر واقعاً منهم اعتماداً على العرف الجاري (ر: ف ٦٩/٩).

فإثبات الحكم المتعارف في هذه الحال إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرِّح بخلافه بطلت هذه الدلالة، إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه: «**لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح**» (ر: المجلة/ ١٣).

يقول الإمام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي في كتابه «قواعد الأحكام» (٢/ ١٧٨).

«كل ما يثبت بالعرف إذا صَرَّح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد، ويمكن الوفاء به صح. فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك. ولو شرط عليه أن يعمل شهراً، في الليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً فالذي أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به، فكان ذلك غرراً لا تمس الحاجة إليه» اهـ باختصار.

ويقول العلامة التركي علي حيدر في شرح المادة /٣٧/ من المجلة:

«إنَّ العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد

العاقدين. فلو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أنَّ عرف البلدة هكذا»[1].

وعلى ذلك تتقيد الإعارة في الزمان والمكان والمقدار بما يقيدها به المعير ولو جاء قيده مخالفاً للمعتاد، إذ لا عبرة للمعتاد مع التصريح بخلافه. فلو استعار شخص دابة مثلاً للركب أو للتحميل يعتبر مأذوناً بركوبها أو بتحميلها القدر المعتاد في أمثالها عرفاً. ولكن لو نهاه المعير صراحة عن ركوبها أكثر من مدة أو عن تحمليها أكثر من مقدار حددهما له، لا يجوز للمستَعير أن يزيد عليه ولو مقداراً لا يتجاوز المعتاد. فإن زاد كان متعدياً في حكم الغاصب» (ر: م/٨١٦ ـ ٨١٧).

٧٠/ ٥ ـ الشريطة الرابعة: أن لا يكون في العرف تعطيل لنص ثابت، أو لأصل قطعي في الشريعة:

إذا كان العرف مخالفاً لبعض الأدلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها وأصولها، فالمبدأ العام الذي يُستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالاً هو أنه: إذا ترتَّب على العمل بالعرف تعطيلٌ لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار، لأنَّ نص الشارع مقدَّم على العرف.

وإما إذا لم يترتَّب على العرف هذا التعطيل، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما فالعرف عندئذ معتبر، وله سلطان محترم.

والتمييز بين هاتين الحالتين يقوم على نظر تفصيلي تختلف فيه النتائج بحسب كون العرف مخالفاً لنص أو أصل قطعي، أو مخالفاً لأدلة اجتهادية، وكذا بحسب كون العرف المخالف للنص مقارناً لوروده أو حادثاً بعده، وبحسب كون العرف لفظياً أو عملياً، وعاماً أو خاصاً.

وهذا ما سنشرحه في الفصول (٧١ ـ ٧٤) التالية التي نفردها للبحث في مخالفة العرف للأدلة الشرعية.

---

(١) ر: تعريب الشرح المذكور للمحامي الأستاذ فهمي الحسيني.

الفصل الحادي والسبعون

تمهيد للفصول ٧١ ـ ٧٤

حالات مخالفة العرف للأدلة الشرعية

٧١/ ١ ـ إنَّ عرف الناس وتعاملهم قد يتخطى حدود التشريع الأساسية، فيخالف نصاً من نصوص الشريعة، أو بعض الآراء الاجتهادية المقررة فيها.

فما هو موقف الفقه الإسلامي عندئذ من سلطان العرف، وما درجة تسامحه مع العرف في هذا التخطي؟

هذه قضية جوهرية ذات خطر، لأنها تتصل بمعنى التشريع وحياته وسيادته.

لقد وقف الفقه الإسلامي في هذه القضية موقفاً حكيماً جمع فيه بين المرونة اللازمة لتطور الأحكام التي يجب أن تتكيّف بحسب ظروف الحياة، وبين المحافظة على المبادىء الثابتة.

وسنشرح فيما يلي هذا الموقف الفقهي بالتفصيل:

٧١/ ٢ ـ إنَّ مخالفة العرف للأدلة الشرعية تقع على أربع حالات مختلفة النتائج:

١ ـ فإما أن يصطدم العرف اصطداماً بنص تشريعي **خاص**، من نصوص القرآن أو السنة الثابتة، آمر بخلاف ما جرى عليه العرف.

٢ ـ وإما أن يتعارض العرف تعارضاً مع نص عام وتحته حالتان،

والمراد بالنص الخاص هنا ما يكون وارداً عن الشارع بشأن الأمر الذي هو موضوع العرف ناهياً عنه بخصوصه.

أما النص العام فالمراد به هنا ما يكون فيه حكم شامل للأمر المفروض فيه جريان العرف، وشامل لغيره أيضاً، بحيث يكون الأمر المتعارف هو من بعض أفراد النص ومشمولاته[1].

٣ ـ وإما أن يخالف **الآراء الاجتهادية**، أي الأحكام التي قررها الفقهاء تخريجاً وتفقهاً بطريق القياس أو الاستحسان أو الاستصلاح في المسائل الحادثة التي لم يرد عليها نص صريح في الشريعة.

وعلى هذا يتفرع الكلام إلى أربعة فصول:

ـ حالة اصطدام العرف بنص تشريعي خاص.

ـ حالة العرف المقارن لورود النص العام المعارض له.

ـ حالة العرف الحادث بعد النص العام المعارض له.

ـ حالة تعارض العرف والاجتهاد.

---

(١) **العموم والخصوص** في اصطلاح علماء أصول الفقه هما في الأصل من أوصاف الألفاظ بالنظر إلى مفاهيمها.

فاللفظ الخاص: هو الذي يدل على فرد، كرجل وامرأة وإنسان (بالتنكير)، أو على أفراد محصورة، كأسماء الأعداد، مثل ثلاثة، وعشرة إلخ...

واللفظ العام: هو الذي يتناول أفراداً كثيرة غير محصورة على سبيل الشمول والاستغراق، أي أنه يشملها جميعاً، مثل قوله تعالى في القرآن: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ وقول النبي عليه الصلاة والسلام في الحديث الذي رواه الترمذي (١٨٦٦) وأبو داود (٣٦٨١) في الأشربة، عن جابر بن عبد الله: «ما أسكر كثيره فقليله حرام». فلفظ «الناس» ولفظ «ما» عامّان.

(ر: «المستصفى» للغزالي ٢/ ٣٥ ـ ٣٦ الطبعة الأولى الأميرية، و«كشف الأسرار» شرح أصول البزدوي ٢/ ٢ وما بعدها).

وبعموم اللفظ في النص يوصف النص والحكم الذي يتضمنه بالعموم أيضاً.

وسنرى تفصيل هذه الحالاة في الفصول التالية:

حالة اصطدام العرف بنص تشريعي خاص

٧١/٣ ـ إذا تعارف الناس على عمل من الأعمال العادية أو المدنية، وكان الأمر الذي تعارفوه منهياً عنه وممنوعاً بنص خاص، أي بنص وارد عن الشارع لمنع هذا الأمر بخصوصه، كما كان الجاهليون متعارفين التبني مثلاً وإجراء حكم البنوة الحقيقة فيه، فنهى عنه القرآن بخصوصه، فإنَّ هذا العرف عندئذ لا اعتبار له ولا قيمة. فهو عرف مرفوض يجب تغييره لا إقراره، ولا يجوز القضاء به بحال، سواء أكان العرف خاصاً أو عاماً، وسواء أكان حادثاً بعد ورود النص، أو قائماً قبله.

وذلك لأنه لما صادم العرف إرادة الشارع الخاصة في موضوع ما أصبح الفقيه المكلف بتطبيق الشرع بين أمرين اثنين:

ـ إما أن يعمل بالعرف، وهذا إهمال تام لنص الشارع، وذلك لا يسوغ إلا في أحوال الاضطرار الطارىء، لأنَّ الشارع نفسه قد شَرَع الإهمال الموقت في الأحوال الاضطرارية.

وإما أن يعمل بالنص ويهمل العرف، وهذا الذي يجب المصير إليه.

فمن البديهي أن الشريعة إلزامية، ولم تشرع إلا لكي تنفذ نصوصها وتحترم. فلا يجوز تعطيلها بالتعامل على خلافها، وإلا لم يبق للتشريع معنى. (ر: «الموافقات» للشاطبي المسألة /١٤/ من النوع الرابع من كتاب المقاصد ٢/ ٢٨٣ ـ ٢٨٤).

٧١/ ٤ ـ وقد أسلفنا أنَّ من الأعراف ما يكون في ذاته حسناً عادلاً، ومنها ما يكون قبيحاً وجائراً، وإنَّ من مقاصد الشرائع التي تسن أن تقرَّ الحسن وتنهى عن القبيح، وتوجِّهَ الناس في أعمالهم ومعاملاتهم إلى الخير العام. والمرجع في تمييز الحسن العادل من القبيح الجائر إنما هو أمر

الشارع ونهيه، لأنَّ الشارع يزن الأمور وينظر إلى نتائجها من جميع نواحيها لا من بعض النواحي دون بعض. فما نهى عنه بخصوصه يجب أن يُعتبر مضراً ولو أنه نافع لمئات أو فئات (ر: ف٧/٦٧).

وكل تشريع إنما يقوم على أساس تقييد حرية المكلفين في بعض ميادين العمل وإطلاقها في بعض، بحسب ما يرى الشارع ويقدر من وجوه المصلحة العامة. وقد تتفاوت حدود هذا الإطلاق والتقييد بين شريعة وأخرى. وهذا مقرَّرٌ في النظريات القانونية اليوم أيضاً، فنصوص القوانين لا يغير حكمها العرف المخالف.

ونظير هذا نظر القوانين الوضعية اليوم إلى قضايا وأحكام يراها واضع القانون من «**النظام العام**» فيحجر حرية المكلفين عن كل اتفاق أو عرف على خلافها، ويعتبره باطلاً[١].

٧١/ ٥ ـ ولذا جاءت الشريعة الإسلامية بالنهي عن كثير من الأعمال والعقود التي كانت متعارفة في الجاهلية بلا نكير: فحرمت الغزو الداخلي واستباحة الناس الأموال والأعراض به، وأقامت دولةً ونظاماً أخلاقياً واجتماعياً وحقوقياً أخضعت له الجميع، مع أن الغزو الداخلي كان عرفاً مألوفاً في جاهلية العرب، ولا يزال معتاداً لدى قبائل من البدو في بوادي بلادنا وغيرها.

وكذلك نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن عقود كانت متعارفة بين العرب لانتفاء التراضي الحر فيها، لما فيها من غرر ومشكلات. من ذلك نهيه عن البيع بالمنابذة والملامسة وإلقاء الحجر، وبيع الملاقيح والمضامين،

(١) كمعظم أحكام قانون إيجار العقارات وقانون العمل في بلادنا السورية اليوم، وفي غيرها من البلاد التي أخضعت الإيجارات وقضايا العمل لقوانين خاصة، حسماً لمشكلات المؤجرين والمستأجرين، والعمال وأرباب العمل. فإن معظم أحكامهما تعد من قضايا النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها.

وبيع ضربة القانص والغائص[١]، وكان كل ذلك معروفاً في الجاهلية، فنهى عنه النبي عليه الصلاة والسلام، فأصبح في الإسلام ممنوعاً باطلاً. فلو عاود أهل بلد شيئاً منه وتعارفوه فلا عبرة لعرفهم[٢].

ومثل ذلك استرقاق المدين الذي كان متعارفاً في جاهلية العرب[٣] وعند الرومانيين، فجاء الإسلام بمنعه، وأوجب النظرة للمدين المعسر بنص القرآن الصريح في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة ٢/ ٢٨٠].

وكذلك عُرْف أهل البر في نكاح الشغار باطل لا يقضى به (ر: الدرر، والدر المختار في كتاب النكاح).

ونكاح الشغار هذا هو أن يتفق شخصان فيزوّج كل منهما الآخر قريبته

---

(١) **البيع بالمنابذة أو الملامسة أو إلقاء الحجر** هو أن يتراوض المتبايعان، أي يتساوما على مقايضة سلعة بسلعة، فمتى نَبذَ كل منهما سلعته إلى الآخر أو لمسَ سلعة رفيقه، فَقَد انبرم البيع بلا خيار ولو لم يطلع على المبيع، كما لو كان ثوباً مطوياً لم يتأمله.
وطريقة **إلقاء الحجر** في عرفهم: أن يلقي المشتري حصاة على عدة أثواب مثلاً فما أصابته كان مبيعاً بلا خيار، كالقمار، وهو أشبه بطريقة «اليانصيب» في عصرنا اليوم.
والمضامين: ما سينتج من فحول الإبل من ولد، **والملاقيح** ما سينتج من إناثها.
وضربة القانص: ما سيقع في شبكة الصياد من صيد البر والبحر.
وضربة الغائص: ما سيخرجه الغواص من اللآلىء في غوصته (ر: الهداية وشروحها باب البيع الفاسد ٦/ ٥٥، ورد المحتار ٤/ ١٠٢ و١٠٩).

(٢) وعلى هذا، إذا تعارف الناس في زمان أو مكان تجارة الخمر التي حرمها الإسلام، أو الربا الذي منعه الشرع بنص القرآن الخاص، فلا عبرة لعرفهم ولا تصح عقودهم فيه بنظر الشرع الإسلامي.
والتعامل اليوم بالخمر والربا، وقضاء المحاكم به في كثير من البلاد الإسلامية إنما يستند إلى القوانين الوضعية الحديثة.

(٣) انظر كتاب «الحق والذمة» للأستاذ الجليل الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة، أول بحث الذمة، ص/ ٨٢.

فتكون هي كمهر للأخرى. وهو متعارَفٌ إلى اليوم بين أهل البر في بلادنا الشامية وغيرها.

ومن عُرفهم فيه أنه إذا ماتت إحدى المرأتين يستعيد زوجها قريبته من عند الآخر حتى يزوجه امرأة أخرى بدلاً من التي ماتت، فكأنه ضامنٌ لحياتها!!

وهذا النكاح مصادِمٌ للنصوص الخاصة في الكتاب والسنة، فإنها أوجبت في النكاح مهراً للمرأة تملكه هي، كما قررت للمرأة حق اختيار زوجها، ومنعت نشوزها أو إنشازها عنه بلا موجب مشروع.

٦/٧١ ـ والخلاصة أنَّ العرف إنما يعمل به في حدود الحرية التي تركها الشرع للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات، دون الحالات التي تولى الشارع فيها بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام، وإلا لأمكن أن تقلب الأعراف على الزمن أسس التشريع كلها رأساً على عقب، فتنقرض الشريعة بتاتاً وتصبح أثراً بعد عين.

فالنصُّ الخاص الآمر هو المعتبر المحترم ولو صادمه عرف عام، فلا يعتبر أيُّ عرف أو اتفاق على خلافه.

٧/٧١ ـ استثناء النص العرفي:

على أنه يستثنى من ذلك حالة واحدة، وهي ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع مبنياً على عرف قائم، ومعللاً به، فإنَّ النص عندئذ يكون **عرفياً**، فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله.

وقد تختلف الأنظار الاجتهادية في كون النص الخاص عرفياً أو غير عرفي فيختلف الاجتهاد بناءً على ذلك، في اعتبار العرف الطارىء المخالف، وكونه مبدلاً لحكم النص أم لا.

مثال ذلك: مسألة مقياس الأموال الربوية.

فمن المقرَّر أنَّ الأموال التي تُعتبر شرعاً من الأنواع الربوية يمتنع فيها

بيع مقدار منها بأكثر أو أقل منه إذا كانا **من جنسٍ واحد**، لأنَّ الفضل عندئذ يكون ربا محرَّماً، فلا تجوز مبادلة القمح بالقمح مثلاً، ولا الذهب بالذهب، إلا إذا تساوى البدلان.

فإذا اختلف الجنسان، كبيع الذهب بالفضة أو القمح بالشعير، جاز التفاضل، ولكن تمتنع النسيئة، أي تأجيل أحد البدَلين، فيجب التقابض في مجلس العقد[١].

وهذا من قبيل **سد الذرائع**، كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة إلى ربا النسيئة، فيستقرض الشخص ذهباً مثلاً إلى أجل ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد.

فهذا الحكم كما ترى يقوم على أساس وجوب تساوي الكميات المبادلة في الجنس الواحد، فما هو مقياس هذا التساوي، فقد يتساوى المقداران وزناً ويتفاوتان كيلاً، وبالعكس؟

ومن المتفق عليه أنَّ التساوي يُعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف، فما كان وزنياً عرفاً، كالزيت والسمن، يجب تساوي الكميتين فيه بالوزن، وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل.

وإذا تبدَّل العرف في مقياس شيء فأصبح كيلياً مثلاً بعد أن كان وزنياً، أو أصبح وزنياً بعد أن كان كيلياً، تبدل المقياس الربوي فيه تبعاً للعرف.

غير أنه قد ورد النص عن النبي ﷺ في ستة أصناف من الأموال الربوية (ومنها القمح) أنه يجب التساوي في بعضها بالوزن، وفي بعضها بالكيل[٢].

---

(١) يلحظ هنا أنَّ هذه الأحكام الربوية أصبحت غير معمول بها في ظل القوانين الزمنية السائدة في بلادنا وكثير من البلاد العربية والإسلامية. فيتبايع الناس اليوم بالأموال الربوية كيفما شاؤوا بمقتضى الأحكام القانونية.

(٢) هي الذهب، والفضة، والحنطة، والشعير، والملح، والتمر. =

فذهب جمهور المجتهدين ومنهم أبو حنيفة إلى أنه يعتبر في خصوص هذه الأشياء المقياس الذي ورد النص به أبداً، ولا عبرة لتبدل العرف فيه. ففي مبادلة القمح مثلاً يجب التساوي كيلاً لا وزناً، ولو تعارف الناس بيعه بالوزن كما في زماننا اليوم(١)، لأنَّ هذا نصٌّ خاص بالمقياس الربوي في هذه الأصناف فلا يعتبر العرف على خلافه.

ولكن ذهب أبو يوسف صاحب أبي حنيفة إلى أنَّ المقياس المعتبر حتى في تلك الأشياء الستة هو **المقياس العرفي**، وأنه يتبدل بتبدل العرف، كما في سائر الأموال الربوية الأخرى التي لم يرد نص خاص بشأن مقياسها. ويقول: إنَّ النص في مقياس تلك الأصناف الستة معلل بالعرف، فإنما وَرَدَ النص بلزوم التساوي فيها كيلاً أو وزناً لأن هذا مقياسها المتعارف في عهد النبي عليه الصلاة والسلام. فلو كان العرف فيها على مقياس آخر لورد النص معتبراً فيها ذلك المقياس الآخر (ر: الهداية وشروحها ٦/ ١٥٧).

ورأي أبي يوسف هذا كما ترى أقوى حجة، وأقوم محجة، رغم انفراده به.

٨/٧١ ـ هذا، ومن النصوص التشريعية الخاصة التي تعتبر ـ فيما أرى ـ مبنية على العرف والعادة، فيتبدل حكمها تبعاً لتبدل العادة، ما قد أسلفنا ذكره من قول النبي عليه الصلاة والسلام بشأن الفتاة البكر البالغة: «**إذنها صماتها**» (ر: ف ٩/٦٩ ب): حيث اعتبر سكوتها عند استئذان وليها لها

= ففي مبادلة الذهب بالذهب والفضة بالفضة، بيعاً أو قرضاً أوجب النبي عليه الصلاة والسلام تساوي البدلين وزناً، وفي الأصناف الأربعة الأخرى أوجب التساوي كيلاً. (ر: الهداية وشروحها ٦/ ١٥٧ وف ٨/٧٣ التالية).

(١) ليس معنى ذلك أن يمتنع شرعاً على هذا الرأي بيع هذه الأصناف بغير المقياس المنصوص إذا قوبلت بغير جنسها كالنقود مثلاً، بل للناس أن يتعارفوا في بيعها بخلاف جنسها أي مقياس أرادوا أو بلا مقياس، أي جزافاً، ولكن معناه أنه إذا بيع شيء منها بجنسه كقمح بقمح، أو استقرض منها شيء، فإنه يجب عندئذ في الوفاء التساوي بالمقياس الذي ورد به النص.

في تزويجها من رجل معيّن وبمهر معين إذناً منها وتوكيلاً (ر: ف٣/٧ و ٦٩/١٠). فقد اتفقت آراء الفقهاء على أنَّ هذا الحكم في الفتاة البكر مبنيٌّ على ما هو معروف فيها من الخجل عن إظهار رغبتها في الزواج عند استئمار وليها لها. فعادتها أن تعبر بالسكوت عن رغبتها وإذنها. وهذا الاستحياء لا يزال إلى اليوم غالباً عليهن في معظم الأوساط الإسلامية بحسب التربية والتقاليد الاجتماعية.

فإذا فرض أنَّ هذه التربية قد تبدل اتجاهها، وأصبحت الفتيات الأبكار لا يتحرجن من إعلان هذه الرغبة أو عدمها على السواء (كعادة الثيِّبات غير الأبكار) فإنَّ الإذن منهن عندئذ بالتزويج لا يكفي فيه السكوت؛ بل يحتاج عندئذ إلى بيان كالإذن من الثيِّبات، ليعتبر توكيلاً يسري به عليهن عقد التزويج منذ وقوعه من الوليِّ المستأذن. وعند عدم الإذن بالتوكيل من الفتاة البكر البالغة يعتبر تزويجها عملاً فضولياً يحتاج إلى إجازة منها ليصبح نافذاً عليها، وإنْ سكتت عند استئمار وليها لها.

الفصل الثاني والسبعون

العرف المقارن لورود النص العام المعارض له

٧٢/ ١ ـ إذا عارض العرفُ نصاً تشريعياً عاماً شاملاً بعمومه الأمر المتعارف[1]، ففي سلطان العرف عندئذٍ تفصيل بحسب كون العرف مقارناً لورود النص (وهذا ما نبحثه في هذا الفصل) أو حادثاً بعده (وهو موضوع الفصل/ ٧٣ التالي).

٧٢/ ٢ ـ العرف القائم عند ورود النص التشريعي إما أن يكون عرفاً لفظياً أو عملياً:

أ ـ فإذا كان لفظياً فلا خلاف بين الفقهاء في اعتباره، فينزل النص التشريعي العام على حدود معناه العرفي عند الخلوّ عن القرائن، ولو كانت دلالة اللفظ الذي استعمله الشارع هي في أصل اللغة أوسع من دلالته العرفية، لأنَّ العرف اللفظي العام هو لغة التخاطب، فيوجه الألفاظ إلى معانيها في حدودها المألوفة، ما لم توجد قرينة دالة على أن الشارع أراد بلفظه حدوداً أوسع.

وهذا في الواقع فرع من قاعدة وجوب حمل اللفظ على معناه

---

(١) سمينا الحالة السابقة في الفصل/ ٧١ اصطداماً بين العرف والنص لأنَّ النص إذا كان خاصاً فكأنما يصادمه العرف المخالف وجهاً لوجه.
أما هذه الحالة هنا فنسميها تعارضاً بين العرف والنص لأنَّ النص عندما يكون عاماً يكون موضوع العرف المخالف هو بعض مشمولاته، ولم يرد النص بشأنه خصيصاً، فكأنما يعترض العرف المخالف اعتراضاً في بعض اتجاهات عموم النص، كخطين هندسيين يتقاطعان في نقطة.

الحقيقي ما لم تقم قرينة على إرادة **المجاز**، لأنَّ العرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف **حقيقة عرفية**، وهي مقدّمة في الفهم على الحقيقة اللغوية التي تصبح هي، بالنسبة إلى الحقيقة العرفية، مجازاً يحتاج إلى قرينة.

فألفاظ البيع والشراء والإجارة، والصيام والصلاة والحج، وعدة النساء في الطلاق والوفاة، كل ذلك ونحوه في النصوص يحمل على معانيه العرفية عند ورود النصوص بها، وإن اختلفت عن المعاني الوضعية في أصل اللغة.

ب ـ وأما إذا كان العرف القائم عند ورود النص المخالف له عرفاً عملياً فقد اختلفت الاجتهادات في كونه صالحاً لتخصيص النص العام أو غير صالح.

ولدىٰ من يعتبره صالحاً يوجد تفصيل بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً، نلخصه فيما يلي:

٣/٧٢ ـ أ ـ العرف المقارن العام:

فإذا كان العرف القائم عند ورود النص العام المعارض له **عرفاً عاماً** فإنه في الاجتهاد الحنفي يكون **مخصِّصاً** للنص، فيعتبر عندئذ ذلك النص مقصور الشمول على ما سوى الأمر المتعارف إذ يكون ذلك العرف قرينة قائمة دالة على أنَّ الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف بعموم نصه المعارض له في الظاهر[(١)].

---

(١) التخصيص في اصطلاح علم أصول الفقه هو: «**قصر اللفظ العام على بعض أفراده**». وذلك بأن يرد عن الشارع نص يتضمن حكماً عاماً، ويقوم دليل آخر يفيد أن الشارع لم يرد بذلك النص العام أن يتناول حكمه كل ما يدخل في عموم لفظه، بل هناك حالة أو حالات مستثناة من حكمه.

وهذا الدليل المخصِص يكون إما نصاً آخر مقارناً للأول يستثني منه بعض مشمولاته، أو قرينة قائمة تدل على هذا التخصيص، وتفيد أنَّ الشارع قد عبر باللفظ العام غير مريد شموله لهذه الحالات التي قام الدليل على استثنائها منه.

مثال ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾: =

والنظر الفقهي في ذلك أنَّ النص إذا كان عاماً فإنَّ العمل بالعرف في موضوعه لا يكون تعطيلاً للنص، كما في حالة خصوص النص، بل يبقى النص مُعملاً في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومه، فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ إهمال للنص، بل هو إعمال للعرف والنص معاً. والعرف العملي يدل على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه، وفي نزع الناس عما تعارفوه عسر وحَرَج كما سَلَف بيانه (ر: ف٦٧/٦)، فالعمل بهما معاً أولى وأوفى بالحاجة. (ر: «نشر العَرف» لابن عابدين الفصل الأول والباب الأول).

ومن الأمثلة التي يذكرها الفقهاء على ذلك عقد الاستصناع (ر: ف ٣/ ٤ في الحاشية).

فقد ثبت عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخَّص في السَّلَم»[1].

= فجملة ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ حكم عام لأنَّ لفظ (البيع) عام، فيفيد بعمومه حل كل بيع حتى البيوع الربوية. ولكن الجملة الثانية ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ خصصت عموم الأولى، فأخرجت من الحل البيع الذي يشتمل على ربا، وأفادت أنَّ الشارع لم يكن يريد شموله بالنص العام الأول المفيد للحل.

وكذلك ثبت في قواعد الشريعة المستفادة من نصوص أخرى تحريم الغش في المعاملات؛ وتلك النصوص قائمة عند ورود هذا النص العام في تحليل البيع، فيُعتبر مخصصاً بها، فلا يكون البيع الذي يشتمل على غش مشمولاً بالنص العام المحلل للبيع.

والاجتهاد الحنفي يشترط أن يكون دليل التخصيص مقارناً للنص العام المخصوص منه، بأن يكون نصاً آخر، وارداً معه، أو قرينة قائمة عند وروده، لكي يكون دالاً على أنَّ الشارع لم يكن يريد بالنص العام إجراءه على عمومه.

فإذا جاء دليل التخصيص متأخراً بعد زمنٍ لم يكن هذا تخصيصاً بل نسخاً لجانب من حكم النص العام بعد جريانه مدة على عمومه.

(١) **السَّلم والسَّلَف** (بفتحتين فيهما)، هو: بيع شيء غير معيّن مؤجّل التسليم **بثمن معجل** (المجلة ١٢٣)، كبيع كمية من القمح أو الزيت أو الورق المبين الوصف إلى شهرين مثلاً. وغاية لزوم تعجيل الثمن فيه أن يستعان به على إنتاج المبيع أو جلبه (ر: كتابي «عقد البيع» ف ١٣٧/١٣٩). وحديث: «لا تبع ما ليس عندك» في السنن الأربعة من =

فهذا النص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون المبيع فيها موجوداً في ملك البائع، سوى السَّلم الذي استثناه لما فيه من مصلحة باستسلاف الثمن للاستعانة على الإنتاج.

فعقد الاستصناع يشمله بالمنع عموم النص المانع، وإن لم يكن وارداً فيه خصيصاً.

ولكن الاستصناع عقدٌ قد تعارفه جميع الناس في كل البلاد لاحتياجهم إلى طريقته، ولاسيما في الأحذية ونحوها مما فيه مقاييس وأوصاف يختلف فيها الشخص عن غيره.

فلذلك أقرَّ الاجتهاد جواز عقد الاستصناع للعرف الجاري فيه، واعتبر هذا العرف مخصصاً لعموم النص العام المانع، فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع ضمناً كما استثنى السَّلَم صراحة، وبقي العمل بالنص في غير ذلك من أنواع بيع المعدوم. وقد نقل انعقاد الإجماع على صحة الاستصناع(١).

٧٢/ ٤ ـ ب ـ العرف المقارن الخاص:

وأما إذا كان العرف القائم المعارض للنص العام عرفاً خاصاً بمكان دون آخر أو بفئة من الناس دون سواهم، كعرف التجار أو الصنَّاع في بعض البلدان أو بعض الأصناف، فالراجح من الآراء في الاجتهاد الحنفي أنه ليس له عند معارضة النص ما للعرف العام من قوة وسلطان، فلا يصلح العرف الخاص مخصِّصاً للنص العام المعارض ولو كان قائماً عند ورود النص،

= حديث حكيم بن حزام. وأما «رخّص في السلم» فكلام الزيلعي في نصب الراية يفيد أنه لم يُرو بهذا اللفظ. إنما هو مستفاد من الأحاديث العامة في السَّلَم.

(١) يلحظ هنا أنَّ بيع المعدوم بوجه عام قد أصبح معتبراً صحيحاً بشرط أن لا يكون وجوده مستحيلاً وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة / ٦٤/ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني السابق، ثم بمقتضى القانون المدني السوري.

لأنه إذا كان عرف بعض البلاد أو الناس يقتضي تخصيص النص، فإنَّ عدم هذا العرف لدى بقية الأماكن أو الناس لا يقتضيه فلا يثبت التخصيص بالشك[1].

وقد رأينا آنفاً أنَّ تخصيص النص التشريعي العام هو بيان لمراد الشارع منه لا تعديل طارىء عليه (ر: ف ٧٢/٣ الحاشية)، والعرف الخاص قد يكون بين فئة ضيئلة من الناس أو في مكان صغير، فلا يصلح دليلاً على أنَّ الشارع لم يرد من نصه العام عموم معناه.

٧٢/ ٥ ـ هذا تحرير ما في الاجتهاد الحنفي في هذا المقام.

وفي المذهب المالكي اختلاف بين فقهائه حول اعتبار العرف العملي مخصِّصاً لعموم النص. ولكن المحققين من فقهاء المذهب على أنَّ العرف العملي القائم يخصِّص النص العام كما يقيِّد النصَّ المطلق خلافاً لما قاله القرافي في فروقه (١/ ١٧٣ الفرق/ ٢٨) من أنَّ العرف العملي لا يصلح لتخصيص النص أو تقييده.

وهم كذلك لا يصرِّحون بالتمييز بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً.

(ر: حاشية شمس الدين الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ١٤٣)[2].

ونجد من فروع هذا المبدأ عند الإمام مالك أنه يقول إذا كانت المرأة شريفة القدر لا يلزمها إرضاع ولدها إن كان يقبل ثدي غيرها للمصلحة العرفية في ذلك حيث جرى العرف لدى أمثالهن على أن تستأجر لأولادهن

---

(١) «الأشباه والنظائر» لابن نجيم آخر القاعدة السادسة ١/ ١٣٤، ورسالة «نشر العرف» لابن عابدين، الباب الأول ٢/ ١١٦ من مجموعة رسائله.

(٢) أفاض في تحقيق مذهب الحنفية والمالكية وغيرهما من مسألة تخصيص النص التشريعي العام بالعرف العملي الأستاذ الفاضل أحمد فهمي أبو سنة في المقالين الخامس والسابع من رسالته «العرف والعادة» ص ٩١ ـ ٩٤ و١٢٤.

المراضع. قال ابن العربي: إنَّ هذا تخصيص لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[1].

(ر: أحكام القرآن لابن العربي تحت الآية ٢٢٣ من سورة البقرة).

(١) يعدُّ بعض المالكية هذه المسألة من فروع **تخصيص النص بالمصلحة**، ولكن المصلحة التي يقصدونها هنا إنما هي مراعاة العرف الجاري في صَوْن النساء ذوات الشرف والنبل عن الإرضاع وتربية أولادهن بطريق الاسترضاع. وهو من الأعراف التي لا تنافي قواعد الشريعة ونصوصها، فتكون رعايته من المصالح، ويخصص به النص الشرعي. وقد كانت عادة العرب النبلاء في الجاهلية أن يسترضعوا لأولادهم مرضعات في البادية ابتغاء صحة الأجسام وتقويم اللسان.

الفصل الثالث والسبعون

العرف الحادث بعد النص العام المعارض له

٧٣/ ١ ـ إذا كان العرف المعارض للنص العام **حادثاً بعد ذلك النص**، فإنَّ هذا العرف لا يعتبر ولا يصلح مخصصاً للنص التشريعي باتفاق الفقهاء، ولو كان عرفاً عاماً؛ لأنَّ العرف الحادث هو طارىء بعد أن حدد مفهوم النص التشريعي ومراد الشارع منه وأصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع. فإذا ساغ تخصيصه بعد ذلك بعرف طارىء مخالف له كان ذلك نسخاً للنص التشريعي بالعرف، وهذا غير جائز، إذ لو جاز لأدى إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة تلغيها وتحل محلها، فلا يبقى للشرع معنى.

ولا فرق بين العرف العملي والعرف اللفظي في عدم صلوح الطارىء منهما لتخصيص النص السابق عليه، بل العرف اللفظي الحادث هو أبعد عن الصلوح لهذا التخصيص.

فبعد ورود نصوص القرآن والسنة إذا تبدل عرف الناس في معاني بعض الألفاظ الواردة في نصوصهما فلا عبره لهذا التبدل، بل العبرة لتلك المعاني والحدود التي كانت هي المفهومة منهما عند الورود، لأنَّ العرف اللفظي القائم عند ورود النص التشريعي هو الذي يحدد مراد الشارع من كلامه[1].

---

(١) ر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم، الفن الأول، القاعدة السادسة ١/ ١٣٣، و«تنقيح الفصول» للقرافي ص ١٩٤، و«الفروق» له أيضاً في المسألة /٦/ من الفرق الثالث ١/ ٧٦، وكتاب «مالك» للأستاذ محمد أبي زهرة ف ٩٣ ص ٢٥٠.

فالمعاني الاصطلاحية التي تعارفها الفقهاء في تقسيماتهم لضبط المسائل وترتيب الأحكام، كالفرض، والواجب، والمسنون، والمندوب، والمكروه تنزيهاً أو تحريماً، وغير ذلك من الاصطلاحات العلمية المستحدثة، لا يصح تفسير نصوص القرآن والسنة بها على أنها هي المراد بالأوامر والنواهي. بل إنَّ صيغة الأمر في تلك النصوص تارة تفيد الطلب المحتم للفعل، وتارة أفضليته أو إباحته، والنهي يفيد عكس ذلك، ولنسمه بعد ذلك بما شئنا من الاصطلاحات، فإنها لا تبدِّل شيئاً من تلك المدلولات الأصلية التي كانت في لغة الشارع هي المفهومة، ولا توجد فيها الاصطلاحات الحديثة حدوداً جديدة.

وكذلك لفظ «**اليمين**» الوارد في الكتاب والسنة، فإنَّ مفهومه اليمين بالله تعالى لأنها هي المعروفة في لسان الشرع، وعليها يحمل قوله تعالى:

﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ﴾(١) [سورة المائدة ٥/٨٩].

فلا يصحُّ حمله على اليمين المستحدثة بالطلاق والعتاق، لأنها لم

(١) اليمين هي الحلف على فعل أو ترك في المستقبل لتوثيق العزيمة بها نحو: **والله لأفعلن كذا، أو لا أفعل** كذا. وهي مؤنثة اللفظ.

وأما القَسَم (بفتحتين) فهو الحلف على توكيد خبر عن أمر كائن أو سيكون، نحو: **والله ما فعلت كذا، أو سيكون كذا**.

وقد يستعمل كل من اليمين والقسم في معنى الآخر تجوزاً وتساهلاً.

ويمين اللغو اختلفت الآراء الفقهية في تفسيرها. وأحسن تفسير في نظرنا أنها صورة الحلف الذي يجري على لسان بعض الناس كلهجة معتادة لا يقصد بها انعقاد اليمين، كقولهم في الجواب: بلى والله، أو نعم والله. وهذا ما أخذ به جماعة منهم الإمام الشافعي.

وقال الحنفية: هي الحلف على خبر كذب يظنه الحالف صدقاً. فإذا كان عالماً بكذبه فهي اليمين المحرمة التي تسمى «**الغَموس**» (بفتح الغين) لأنها تغمس صاحبها في الإثم.

تكن معروفة في الجاهلية، فلا يكون اللغو فيها معفى[1] (ر: رسالة «العرف والعادة» للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة ص٩٥ نقلاً عن «الموافقات» للشاطبي).

٢/٧٣ ـ وعلى هذا الأساس يجب أيضاً تطبيق نصوص الفقهاء، وتفسير صكوك الوقفيات والوصايا والبيوع والهبات والزواج وسائر الصكوك العقدية وما يرد فيها من شروط واصطلاحات، فإنها جميعاً يجب أن تفسَّر بحسب عرف العاقدين المنشئين لها في زمانهم قياساً على نصوص الشارع، ولا يسوغ تنزيلها في الفهم على عرف حادث يخرج به كلامهم عن مرادهم.

فلفظ **الأستاذ** مثلاً كان معناه العرفي **رب الصناعة** الذي يستخدِم أجيراً فيها لتعليمه إياها (ر: كتاب **«المُعَرَّب»** للجواليقي، كلمة «أستاذ»).

وبناء على هذا العرف نصَّ الفقهاء على أنه: إذا دفع الشخص ولده الصغير إلى أستاذ ثم اختلفا في استحقاق الأجرة فطلب الأستاذ من الوالد أجراً عن الولد، وطلب الوالد من الأستاذ أجراً عنه، فمن يستحق الأجر منهما على الآخر؟

قالوا: يلجأ إلى تحكيم العرف، فإذا كان عرف البلدة أن يأخذ الأستاذ أجراً أو أن يدفع اتبع العرف.

(ر: المجلة/ ٥٦٩، و«القواعد الفقهية» للحمزاوي في مسائل الإجارة ص/ ٧٦).

وفي عصرنا هذا أصبح اسم **«الأستاذ»** معناه المدرس للعلوم، فلا يصح تنزيل ذلك النص الفقهي على هذا المعنى الحادث، إذ لا يتأتى هذا التفصيل فيه، لأنَّ ربَّ الصنعة يعلم الولد إياها عن طريق استخدامه فيها

---

(١) بل الطلاق والعتاق مما يعتبر فيه الهزل كالجد كما تقدم (ر: ف ٦/٣٣).

فينتفع فيها من عمل الولد، ولذا يختلف عرف القوم في أخذ الأجرة وإعطائها بحسب حاجة الصناعة إلى الأجير، ورغبة الناس في تعلمها، واشتمالها على أسرار لا يفهمها الصانع إلا بالتفهيم والتدريب الخاص. وهذا لا يتأتى في الأستاذ المدرس للعلوم، فإنَّ التدريس خدمة أبداً من المعلم للمتعلم.

قال ابن نجيم في «الأشباه والنظائر» تحت القاعدة السادسة، ١/ ١٣٣ ما نصه:

«العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارىء».

وقد عرفت أن عدم اعتبار العرف الطارىء في تخصيص معاني النصوص وتقييدها لا ينحصر في العرف اللفظي، فالعرف العملي الطارىء ليس له أيضاً هذا السلطان تجاه النص، ولو كان عرفاً عاماً، إلا أن يكون النص معللاً بالعرف أو معللاً بعلة يزيلها العرف كما سنرى قريباً (ف٧٣/ ٤ ـ ٩).

٧٣/ ٣ ـ هذا هو المبدأ الفقهي المقرر عند تعارض العرف والنص التشريعي العام، يتلخص بأنه:

أ ـ إذا كان العرف قائماً عند ورود النص كان للعرف **العام** في الاجتهاد الحنفي سلطان يخصِّص النص، ويفيد قصر حكمه على غير الأمر المتعارف، وليس للعرف **الخاص** مثل هذا السلطان إلا على رأي ضعيف مرجوح.

ب ـ وإذا كان العرف حادثاً فإنه لا يصلح مخصصاً للنص العام السابق، بل العبرة لعموم النص دون العرف ولو كان العرف عاماً.

٧٣/ ٤ ـ العرف الذي تزول به علة النص المعارض يعتبر ولو كان حادثاً.

على أنَّ تتبع الفروع الفقهية والنظر في تعليلاتها التي يعلِّل بها الفقهاء

يدلُّ دلالة واضحة على أنَّ العرف الحادث، ولو خالف ظاهر النص التشريعي، يُعتبر ويُحترم في حالتين:

١ ـ إذا كان النص التشريعي نفسه معللاً بالعُرف، أي مبنياً على عرف عملي قائم عند وروده، فعندئذ إذا تبدَّل ذلك العرف يتبدَّل تبعاً له حكم النص، ولو كان النص خاصاً بالموضوع. وهذ الرأي انفرد به أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة، وهو الرأي الأقوى مدركاً وحجة وإنْ كان الجمهور على خلافه.

وهذه الحالة قد تقدَّم بيانها وأمثلتها في البحث عن اصطدام العرف بالنص الخاص فليرجع إليه (ف٧١/٧ ـ ٨).

٢ ـ إذا كان النص التشريعي معللاً بعلة ينفيها العرف الحادث، سواء أكانت علة النص مصرَّحاً بها فيه أو مستنبطة استنباطاً بطريق الاجتهاد.

ففي مثل هذه الحال يعتبر العرف الحادث ويحترم وإن خالف النص لأنَّ هذه المخالفة تصبح ظاهرية غير حقيقية ما دامت علة النص تنتفي بوجود العرف، إذ من المقرَّر في قواعد الأصول أنَّ الحكم الشرعي يدور مع علته، فيثبت عند ثبوتها، وينتفي بانتفائها.

٧٣/ ٥ ـ الشواهد الفقهية على هذا المبدأ:

وهناك شواهد فقهية عديدة على هذا المبدأ في اعتبار العرف الحادث نورد بعضها فيما يلي:

٧٣/ ٦ الشاهد الأول:

يذكر فقهاء الحنفية في بحث الشرط المفسد في عقود المعاوضات، كالبيع، أن من الشرط المفسد لعقد المعاوضة كل شرط تُشترط فيه منفعة **خارجة عن الحكم الأصلي للعقد وعما يلائمه**، كشرط المشتري على البائع طحن الحنطة المشتراة، أو حمل البضاعة على حسابه، أو إصلاح الآلة

المبيعة إذا تعطلت عند المشتري، أو اشتراط البائع أن يستعمل المبيع مدة بعد البيع، فكل ذلك في أصل نظريتهم شروط مفسدة.

وقد أخذ الحنفية في ذلك بظاهر ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قد «**نهى عن بيع وشرط**» كما تقدم بيانه في بحث سلطان الإرادة العقدية من نظرية العقود (ف ٤١/٧و ٤٢/٣ ـ ٤) والهداية وشروحها ٧٦/٦ ـ ٧٨).

وقد استثنوا من هذا النص نوعين من الشروط التعاقدية حكموا بصحتهما وإلزامهما إذا اشترطا في العقد، وهما:

١ـ الشرط الذي ورد بجوازه نصٌّ شرعي، كشرط الخيار (ر: ف ٣/ ٧ ـ المثال ٩).

٢ ـ الشرط الذي **تعارف** الناس اشتراطه.

فالشروط التي تعتبر عند الحنفية مفسدة بحسب تفسيرهم لهذا النص الوارد في السنة إذا تعورف شيء منها يصبح بالعرف صحيحاً ملزماً واجب الاحترام شرعاً، ولو كان العرف فيه حادثاً.

ومن فروع هذا النظر تصحيحهم **بيع الوفاء** لجريان العرف به، رغم أنه في الأصل يقوم على أساس اشتراط مفسد عندهم، وقد أفتوا أولاً بفساده قبل أن يفشو فيه العرف (ر: ف ٩/١٦ و٨/٤٦).

٧/٧٣ ـ ومستند الفقهاء في ذلك هو النظر إلى علة الحديث النبوي الذي نصَّ على منع الشرط في البيع، فقد اعتبروا أنَّ الغرض التشريعي منه هو منع سبب المنازعة، لأنَّ هذه الشروط الزائدة على أصل عقد البيع يفضي تنفيذها وكيفيته إلى النزاع غالباً، فرأوا أن العرف إذا جرى على بعضها ينفي النزاع إذ يجعل الأمر **معلوماً مألوفاً**، فلا يكون العرف قاضياً

على النص، بل موافقاً لغرضه وروحه ولو كان عرفاً حادثاً[1] (ر: العناية شرح الهداية باب البيع الفاسد ٦/ ٧٦ ـ ٧٧).

ولم يوجبوا لتصحيح الشرط المتعارف أن يكون العرف فيه عاماً، بل يكفي العرف الخاص، فإنَّ الشروط الممكنة متنوعة أنواعاً لا تحصى، وهي في كل مكان وزمان بحسب حاجات أهله. فقد يتعارف في بلد من الشروط العقدية ما لا يتعارف في غيره، فيصح من كل قوم أن يشترطوا في بيوعهم وسائر معاوضاتهم ما يتعارفونه من الشروط مالم يوجد نص خاص يمنع شرطاً مخصوصاً بعينه، فحينئذ لا يعتبر عرف على خلافه، كما يعلم مما تقدَّم في بحث تصادم العرف مع النص الخاص.

(ر: العناية» أيضاً و«فتح القدير»، في المحل المذكور، ورد المحتار ٤/ ١٢١ ـ ١٢٣).

٧٣/ ٨ ـ الشاهد الثاني:

في قضية تفاوت وزن الدنانير قرَّر العلامة المحقق ابن عابدين في رسالته «نشر العرف» أنه إذا تعددت أصناف النوع الواحد من النقود، وكان

---

* (١) يتضح من ذلك أنَّ اعتبار العرف الحادث المخالف في الظاهر لعموم النص التشريعي العام ليس من قبيل تخصيص النص العام بعرف حادث، لأن من شرائط تخصيص النص التشريعي العام أن يكون دليل تخصيصه مقارناً له في الوجود كما تقدَّم، إذ التخصيص تفسير لمراد الشارع من نصه منذ صدوره عنه. فلا يمكن أن يعتبر النص العام النافذ على عمومه مخصَّصاً منذ صدوره بعرف سيحدث فيما بعد، وربما لا يحدث.

ولكن اعتبار العرف الحادث الذي يزيل علة النص هو نتيجة لاعتبار النص مخصصاً بمقتضى علته، فهو تخصيص بالعلة لا بالعرف الحادث. فالنصُّ المانع للشرط في البيع، بعد أن حدَّد الاجتهاد عِلَّة المنع فيه، يعتبر منذ صدوره مخصوصاً ومقصوراً على الحالات التي تتحقق فيها علته، دون سواها من الحالات التي تنتفي فيها تلك العلة. ومن هذه الحالات التي تنتفي فيها علة هذا النص صيرورة الشرط متعارفاً.

فالتخصيص هنا في الحقيقة إنما هو تخصيص بعلة النص؛ وما اعتبار العرف الحادث إذا كان نافياً لتلك العلة إلا تطبيق لذلك التخصيص السابق الاعتبار.

أحدها أثقل والآخر أخف، كالدينار المحمودي الجهادي والدينار العدلي، وكأصناف الريال الفرنجي في عصره، فإنَّ هذا الفرق في الوزن ـ وإن كان ظاهراً في جميع الموازين ـ يجوز معه دفع الأثقل بدلاً من الأخف، أو العكس، في المداينات والقروض والعقود، ولا يكون ذلك ربا محرماً ما دامت القيمة واحدة[1]، وقد علل ذلك بأنَّ الناس «**لا ينظرون إلى هذا التفاوت في الوزن ما لم تختلف به القيمة، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل فيتعيَّن الإفتاء** به تخريجاً على رأي أبي يوسف في النص المعلل بالعرف»[2].

ومعنى هذا أنَّ العرف بين الناس على إهدار فرق الوزن وعلى اتحاد القيمة قد نفى علة النص الذي يعتبرالزيادة رباً محرَّماً، فصار كالنص المعلل بالعُرْف في رأي أبي يوسف يتبدَّل حكمه تبعاً لتبدل العرف. (ر: رسالة «نشر العرف» في مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١١٩).

وإذا كان للعرف الحادث المزيل لعلة الحكم هذا التأثير تجاه النص العام أو الخاص كما في هذين الشاهدين المتقدمين، فإنه بطريق الأولوية يكون له هذا التأثير نفسه أيضاً تجاه الأحكام القياسية التي مستندها القياس، كما يتضح من الشاهد الفقهي الثالث التالي:

٩/٧٣ ـ الشاهد الثالث:

يصرِّح أيضاً فقهاء الحنفية في بابي الربا والقرض من كتاب البيوع بأنه يجوز اقتراض الخبز **عدداً** بين الجيران، لأنَّ ذلك أصبح متعارفاً بينهم للحاجة إليه. وهذا رأي الإمام محمد صاحب أبي حنيفة، وهو الراجح المفتي به في المذهب. فيجوز ذلك ولو اختلف رغيف القرض عن رغيف

---

(١) تقدمت الإشارة إلى هذه المسألة في بحث الاستحسان (ف ٤/٦ في الحاشية).

(٢) فإن أبا يوسف يقول عندئذ بأنَّ حكم النص يدور مع العرف ويتبدل بتبدله كما تقدم (ر: ف ٧١/٧ ـ ٨ و٧٣/٤).

الوفاء **وزناً**، مع أنَّ الخبز مالٌ ربويٌّ من صنف الموزونات. ونصوص الشريعة توجب التساوي في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وزناً في الموزونات، وكيلاً في المكيلات، وتعتبر الفضل الزائد في أحدها عن الآخر رباً محرَّماً، وتستلزم اعتبار عقده باطلاً أو فاسداً، وذلك في الأشياء الستة المتقدمة في الكلام على النص العرفي (ف ٧١/٧) وقاس الفقهاء على تلك الأشياء الستة ما يشبهها في الوصف والعلة، كالمطعومات أو كل مَالَيْن يجمع بينهما صفتان مشتركتان هما وحدة الجنس ووحدة المقياس، كالخبز وسائر المعادن الأخرى غير الذهب والفضة. واعتبروا أنَّ شبهة الربا كتحققه في الحرمة والمنع باتفاق الفقهاء (ر: الهداية وشرحها ٦/ ١٥٤).

وهذا التجويز لاقتراض الخبز عدداً بين الجيران دون نظر إلى تفاوت الوزن قد استند فيه الإمام محمد إلى العرف الشائع محتجاً بأنه قد تعارف الجيران **إهدار فرق الوزن**، واعتبار العدد فقط (ر: رد المحتار ٤/١٨٧).

وبذلك أصبح هذا التعامل غير صالح لأن يتخذ طريقاً للمراباة الممنوعة شرعاً، فكانت **علة** النصوص العامة في تحريم الربا (وهي **الاسترباح**) غير متحققة بهذا الطريق، والحكم يدور مع علته. ولا يوجد نص خاص يمنع اقتراض الخبز عدداً بين الجيران على سبيل التخصيص والتعيين ليكون هذا العرف مصادِماً للنص الصريح، فأصبح المقياس المنظور إليه هو علة النصوص العامة في منع المراباة، وهذه العلة لا تتحقق في هذا العرف بين الجيران حيث لا يعتبرون فرق الوزن بين الأرغفة.

٧٣/ ١٠ ـ هذه طائفة من الشواهد الفقهية المقرَّرة تنطق هي وتعليلاتها المنقولة عن الفقهاء بأنَّ العرف إذا كانت تزول وتنتفي به علة النص المعارض يحترم شرعاً ولو كان عرفاً حادثاً.

أما إذا كانت علة النص المعارض لا ينفيها **العرف الحادث، فلا عبرة** لهذا العرف تجاه عموم النص، لأنَّ اعتبار العرف الحادث عندئذ يكون نسخاً للنص، والعرف ليس له هذا السلطان. (ر: الموافقات ٢/ ٢٨٣ ـ

٢٨٤، وفتح القدير ٦/ ١٧٥ طبعة الميمنية).

فإذا اعتاد الناس بعض العادات المنكرة شرعاً بمقتضى النصوص الشرعية العامة وتعارفوها في بعض المواسم أو المآتم، كاعتياد الحداد على الموتى بصورة تتجاوز الحدود المشروعة فيه مدة أو مظهراً، وكرقص الرجال مع النساء في الأفراح والاحتفالات مما يعدُّ في الشرع فسقاً منكراً، وكاعتياد كشف نواح من حدود عورة البدن في بعض الأعمال أو الألعاب، أو تعارفوا الربا في بعض الأحوال أو ببعض المقادير، فإنه لا يكون في اعتيادهم لذلك وأمثاله مسوِّغ ولا حجة، بل يجب منعه وقمعه، لأنَّ المحرمات والمنكرات جميعاً إنما منعتها الشريعة لما فيها من مفاسد ومساوىء تفسد الأسرة والمجتمع، وتخرج بالحياة الاجتماعية عن سنَنَ الصلاح والكمال الذي تهدف الشريعة إلى التوجيه إليه. فاعتياد الناس شيئاً من هذه المنكرات والمفاسد المقبوحة شرعاً لا يزيل علة تحريمها، لأنَّ تحريمها لم يكن مستنداً إلى عدم اعتيادها، بل إلى خبث نتائجها، وهذا يعمُّ ويزداد باعتيادها ولا يقل[1].

---

* (١) بحث العلامة المحقق ابن عابدين رحمه الله في حكم تعارض العرف والنص في رسالته «نشر العرف»، واستخلص من أقوال الفقهاء ضابطاً خلاصته أنه:

«إذا خالف العرف النص من كل وجه بأن كان النص خاصاً في الموضوع بحيث يلزم من العمل بالعرف ترك النص فلا شك في رد العرف، كتعارف الناس كثيراً من المحرمات الممنوعة بنصوص خاصة بها. وأما إذا لم يخالفه من كل وجه، كما لو كان النص عاماً والعرف يخالفه في بعض تطبيقاته، فإنَّ العرف حينئذ معتبر إذا كان عرفاً عاماً، لأنَّ العرف العام يصلح مخصصاً للنص».

ولم يميز في هذا الضابط بين العرف القائم عند ورود النص، والحادث بعده واستند ابن عابدين في ذلك إلى نص نقله عن «التحرير» للكمال بن الهمام.

ولكن الأستاذ الجليل أحمد فهمي أبو سنة في رسالته **«العرف والعادة في رأي الفقهاء»** التي ظهرت خلال الطبعة الثالثة من كتابنا هذا قد ردَّ ما حققه ابن عابدين في هذه القضية رداً وجيهاً، وبيَّنَ أنَّ كلام صاحب التحرير هو في **العرف القديم** القائم عند ورود النص التشريعي، أما **العرف الطارىء** فلا يصلح لتخصيص النص العام، ولو كان عرفاً عاماً.

=

. . . .

= وهذا صواب، غير أنَّ الأستاذ أبا سنة قد اختار أساساً آخر خلاصته:

«أنَّ العرف الطارىء إذا كان له مستند شرعي من نص أو إجماع أو ضرورة ملجئة يعتبر ولو خالف النص الخاص، وإلا فلا».

وقد أفاض في شرح هذه الناحية (ر: رسالة «العرف والعادة في رأي الفقهاء» ص/ ٩٤ ـ ١٠٠).

والذي أراه: أن ما ذهب إليه الأستاذ أبو سنة ـ على صحته في ذاته ـ يخرج بالمسألة عن موضوعها؛ لأن العرف المخالف لبعض النصوص إذا دعمه نص آخر أو إجماع أو ضرورة معتبرة بمقتضى النصوص الشرعية العامة النافية للحرج لم تبق المسألة من قبيل التعارض والتخصيص بين العرف والنص، بل بين نص ونص آخر أو إجماع، (كما أشار إليه هو نفسه)، وهذا خلاف موضوع المسألة؛ كما أنَّ هذا الأساس عسير الضبط والتحقيق عند حدوث المسائل.

ولذا أرى أنَّ الأصل الصحيح في هذه القضية هو ما حققناه هنا من أنَّ العرف الطارىء إذا كان مزيلاً لعلة النص العام المخالف له في الظاهر فحينئذ يعتبر، وإلا فلا، وإن اعتباره عندئذ ليس من قبيل تخصيص النص بعرف طارىء عليه، بل من قبيل التخصيص بالعلة، لأنَّ النص العام يعتبر عندئذ مخصصاً بدليل مقارن هو علته المصرحة أو المستنبطة، واعتبار العرف الحادث الذي ينفي تلك العلة هو تطبيق للنص بعد ذلك التخصيص.

وقد رأينا شواهد هذا الأصل وأدلته من نصوص فقهائنا في مسائل: منها مسألة تصحيح الشرط العقدي المفسد إذا جرى به عرف، وتعليله الفقهي بما يشهد لهذا الضابط الذي حققناه.

وهذه القضية في الواقع تعتبر من أدق المواطن الفقهية الأصولية، وأكثرها اشتباهاً على المحققين.

الفصل الرابع والسبعون

حالة تعارض العرف والاجتهاد

١/٧٤ ـ أولاً ـ في الاجتهاد المستند إلى قياس نظري واستحسان أو استصلاح:

الأحكام الاجتهادية التي يثبتها الفقهاء المجتهدون استنباطاً وتخريجاً عند عدم النص الشرعي عليها، إما أن تكون ثابتة بطريق القياس النظري على حكم أوجبه الشارع بالنص، لاتحاد العلَّة بين الحكم المقيس عليه والمقيس، وإما أن تكون ثابتة بطريق الاستحسان أو الاستصلاح عندما لا يوجد حكم مشابه منصوص يقاس عليه.

والاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أنَّ الحكم القياسي يترك للعرف ولو كان عرفاً حادثاً، لأنَّ المفروض عندئذ أن هذا العرف لا يعارضه نصٌّ خاص ولا عام معارَضة مباشرة. والعرف غالباً دليل الحاجة، فهو أقوى من القياس، فيترجَّح عليه عند التعارض (ر: نشر العرف لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢/ ١١٦).

بل لقد ذكر العلامة المحقق ابن الهمام في شرح الهداية **«أن العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص»** (ر: فتح القدير ٦/ ١٥٧).

ومن المعلوم أنَّ ترجيح العرف على القياس يعتبر عند الحنفية والمالكية من قبيل **الاستحسان** الذي تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف.

وإذا كان العرف يترجح على القياس الذي يستند إلى نص تشريعي

غير مباشر، فهذا يدل على أنه يترجح أيضاً على الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص، بل إلى مجرد المصلحة الزمنية التي هي عرضة للتبدل بحسب اختلاف الأزمنة وما يجدُّ فيها من أوضاع ومقتضيات.

٧٤/ ٢ ـ ومن فروع هذا المبدأ في الاجتهاد الحنفي التطبيقات التالية:

١ ـ أن بيع النحل ودود القز غير جائز عند أبي حنيفة لأنه لم يعتبرهما من الأموال، قياساً على سائر هوام الأرض كالوزغ والضفادع.

ولكن الإمام محمداً من أصحابه حكم بماليتهما وصحة بيعهما لجريان التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراءً.

٢ ـ أنَّ الأصل القياسي يقضي بأن على الحاكم أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه، ثم يقضي للمدعي أو عليه بحسب ما يثبت لديه.

ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها أنَّ زوجها لم يدفع إليها شيئاً من معجَّل مهرها، وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل، فقالوا: لا تسمع دعواها هذه، بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج؛ وعللوا ذلك بالعرف، لأنَّ عادة الناس مطردة لا تكاد تتخلف في أنَّ المرأة لا تُزَفُّ إلى زوجها ما لم يدفع بعض المهر المعجل أو كله. فتكون دعواها هذه مما يكذبه ظاهر الحال بعد الدخول، فلا تسمع (ر: رد المحتار باب المهر ٣/ ٣٦٣، وتنقيح الفتاوى الحامدية أول المهر ١/ ٢٠)[1].

---

(١) يلحظ هنا أنَّ هذا العرف في زماننا لم يبق اليوم مطرداً في بلادنا الشامية وإن كان لا يزال غالباً، فكثير من النساء يزففن دون قبض شيء من المهر تيسيراً على الزوج. فينبغي سماع هذه الدعوى اليوم.

وقد نقل شهاب الدين القرافي في كتابه «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، وتصرفات القاضي والإمام» عن مالك أنَّ الزوجة إذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها فالقول للزوج، مع أنَّ الأصل القياسي عدم القبض. =

٣ ـ أنَّ القواعد القياسية تقضي بأنه لا يجوز دفع الدَّين لغير صاحبه، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة.

ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغة إذا قبض أبوها، أو جدها عند عدم الأب، مهرها من زوجها حين زواجها، واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها، ومبرئاً لذمة الزوج، للعرف والعادة، ما لم يصدر منها نهي عن دفع المهر إلى سواها.

هذا إلى فروع كثيرة ترك الفقهاء فيها حكم القياس للعرف المخالف.

٧٤/٣ ـ ثانياً: في القياس المستند إلى علة عرفية:

وإذا كان هذا سلطان العرف في الفقه تجاه القياس المستند إلى الشبه الذاتي في العلل بين الأحكام المنصوصة والأحكام المقيسة، فإنه يدلنا **بطريق الأولوية** على تبدُّل الأحكام القياسية بتبدل العرف عندما تكون عِلَّة القياس نفسها مبنية على العرف، فعندئذ يكون هذا التبدل في الحكم تبعاً لتبدل العرف ليس خروجاً على القياس بل تمشياً معه.

١ ـ ففي المذهب الحنفي كان رأي إمامه أبي حنيفة أنَّ غاصب الثوب إذا صَبَغَه أسود يعتبر ذلك تعييباً له، فيخيَّر المالك بين أن يتركه له فيضمِّنه قيمته كما غصبه غير مصبوغ، أو أن يأخذ الثوب مع **تضمين الغاصب** نقصان قيمته بهذا الصبغ، وفقاً للحكم العام القياسي في تعيب المغصوب عند الغاصب.

= ونقل بعده عن القاضي إسماعيل أنَّ هذا مبنيٌّ على ما كان من عادة أهل المدينة في عصر مالك أنَّ الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها؛ قال:

«واليوم عاداتهم على خلاف ذلك، فيصبح القول قول المرأة مع يمينها في عدم القبض لاختلاف العوائد».

(ر: «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» في جواب السؤال ٣٩ ص٦٨).

فلما تبدَّل عرف الناس في اللون الأسود وأصبح مرغوباً فيه لما اتخذه العباسيون شعاراً قال الصاحبان: بأن صبغ الغاصب الثوب بالأسود يعتبر زيادة فيه لا تعييباً له، فيطبق عليه حكم زيادة الغاصب في المغصوب، فيخيَّر المالك بين تركه له وتضمينه قيمته غير مصبوغ، أو أن يأخذه **ويدفع للغاصب** قيمة الزيادة، صيانة لحقيهما. وقد نصَّ فقهاء المذهب على أنَّ هذا الاختلاف عن أبي حنيفة وصاحبيه في هذه المسألة وكثير من أمثالها إنما هو اختلاف عرف وزمان لا اختلاف نظر وبرهان، فلو كان أبو حنيفة حياً لقال بما قال صاحباه عند تبدل العرف (ر: كتاب الغصب في «الكفاية» شرح الهداية ٨/ ٢٧١،وفي رد المحتار ٥/ ١٢٥).

٢ ـ وفي المذاهب الأخرى ذكر القرافي المالكي في كتابه «الإحكام» أنَّ الإفتاء بالأحكام التي مستندها العوائد بعد تغير تلك العوائد هو خلاف الإجماع، ووصف ذلك بأنه: «جهالة في الدين» ممن يقولون: «إننا مقلِّدون ليس لنا إلا أن نفتي بما في الكتب من الأحكام المنقولة عن المجتهدين» وقد بيَّن أن تغيُّر تلك الأحكام وفقاً للعوائد المتجدِّدة ليس إنشاء اجتهاد ينقض اجتهاد المجتهدين، بل هو تطبيق لقاعدة أجمع عليها المجتهدون في الشريعة وأوجبوا السَّير في ظلها[1].

---

(١) ر: «الإحكام» للقرافي السؤال ٣٩ ص٦٨، و«نشر العرف» لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢/ ١٢٥، ورسالة «العرف والعادة» للأستاذ أبي سنة ص١٠٥.

الفصل الخامس والسبعون

تمهيد للفصول ٧٥ ـ ٧٨

مقارنة العرف بالقرائن العرفية واختلاف الزمان

١/٧٥ ـ اعتاد الباحثون في موقع العرف وسلطانه ومدى اعتباره في الفقه الإسلامي أن يدخلوا في بحثه وأمثلته مسائل **القرائن العرفية**، ومسائل **تغيُّر الزمان** التي تتبدل فيها الأحكام بحسب الأحوال الخاصة والأخلاق العامة[١].

ونحن نرى أن هذين الموضوعين، على مالهما في الفقه الإسلامي من خطر وعظيم أثر في إثبات الأحكام وتبدلها، لا يصحُّ إدماجهما في مفهوم العرف، لأنهما يؤلفان موضوعين مستقلين، ونوعاً من الأدلة الشرعية متميزاً عن العرف بمفهومه الفقهي الخاص، وإن كان بينهما وبين العرف تقارب وتناسب.

ونحن اجتنبنا التمثيل بشيء من أمثلتهما في جميع مباحثنا السابقة عن نظرية العرف لهذه الملاحظة.

وسنشرح فيما يلي كلا منهما فيما يلي من الفصول للمقارنة؛ كي ينجلي الفرق بينهما وبين العرف.

---

(١) ر: رسالة «نشر العرف» للعلامة ابن عابدين، ورسالة «العرف والعادة في رأي الفقهاء» للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة، وما فيهما من أمثلة مختلطة.

القرائن العرفية

٧٥/ ٢ ـ القرائن جمع قرينة والمراد بها كل أمارة ظاهرة **تقارن** شيئاً خفياً فتدل عليه. وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة.

ودلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوة والضعف تفاوتاً كثيراً: فقد تصل في القوة إلى درجة الدلالة القطعية، كالرماد أو الدخان، فإنهما قرينة قاطعة على وجود النار. وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال.

والقرينة قد تكون عقلية وقد تكون عرفية:

فالقرينة **العقلية** هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل دائماً، كوجود المسروقات عند المتَّهم بالسرقة.

والقرينة **العرفية** هي التي تكون هذه النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً، وتتبدل بتبدلهما، كشراء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى، فإنها قرينة على قصد الأضحية، وكشراء الصائغ خاتماً فإنه قرينة على أنه اشتراه للتجارة. فلولا عادة التضحية عند الأول، والتجارة بالمصوغات عند الثاني لما كان ذلك قرينة.

٧٥/ ٣ ـ درجات اعتماد الفقهاء على القرائن بنوعيها في القضاء:

والفقه الإسلامي قد اعتبر القرائن، مهما كان نوعها، من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها في القضاء بدرجات مختلفة:

أ ـ فإذا كانت القرينة قطعيّة كانت وحدها **بيِّنة نهائية** كافية للقضاء، كما لو رُئيَ شخصٌ خارجاً من دار وهو مرتبك وفي يده سكين ملوث بالدم، ووجد في الدار شخص ذبيح يضطرب، فيُعتبر الخارج هو القاتل (ر: المجلة / ١٧٤١/ وشرحها).

ب ـ أما إذا كانت غير قطعية الدلالة ولكنها أغلبية، فإن الفقهاء يعتمدونها دليلاً أولياً يترجَّح بها زعم أحد المتخاصمين مع يمينه حتى يثبت خلافها ببيِّنة أقوى.

ومن هذا القبيل **القرائن العرفية. فهم يعتبرونها من قبيل ما يسمونه «الظاهر»** أي ظاهر الحال. ودلالة الظواهر غير القطعية هذه هي قوتها الإثباتية أمام القضاء، فهي تعتبر مرجِّحات أولية لزعم من تشهد له من الخصمين حتى يثبت خلافها.

٧٥/ ٤ ـ أمثلة اعتماد الفقهاء على القرائن العرفية في الحلول القضائية:

وعلى هذا الأساس قرَّر الفقهاء حلولاً قضائية كثيرة في شتى الحوادث فنصُّوا على أنه:

١ ـ إذا اختلف الزوجان في بعض أمتعة البيت أنها ملك الرجل أو المرأة، ولا بيِّنة لأحدهما، يترجَّح قول الرجل بيمينه فيما يستعمله الرجال عادة كالسيف وثياب الرجال فيحكم له به **مبدئياً**، ويترجح كذلك قول المرأة فيما يستعمله النساء كثيابهن وأدواتهن؛ وذلك بقرينة عادة الاستعمال وعرفه، وإن كان من المحتمل أن يملك كل منهما ما هو في العادة من حوائج الآخر.

وهذا ما لم يكن أحدهما صانعاً أو تاجراً في النوع الصالح للآخر، فإن كان كذلك فالقول عندئذ له في ملكيته لانعكاس الآية.

أما ما يصلح لكل منهما كالمفروشات والخزائن فيترجح فيه مبدئياً قول الزوج، لأنه يعتبر هو صاحب اليد عليه، واليد قرينة أخرى من دلالات الظاهر على الملك (ر: المجلة/ ١٧٧١/وشروحها، و«معين الحكام» القسم الثاني الباب/ ٢٨/ في القضاء بالعرف والعادة ص/ ١٦١، والباب / ٥٠/ في القضاء بالقرائن ص/ ٢٠٤).

٢ ـ وكذلك قالوا في سفينة مشحونة دقيقاً إذا اختلف ملاح وتاجر

دقيق على ملكيتها بما فيها، ولا بينة لأحدهما، إنه يحكم **مبدئياً** بالدقيق لتاجره، وبالسفينة للملاح، حتى تقوم بينة على إثبات خلافه.

وهكذا اعتبروا سائر القرائن العرفية المشابهة من **المرجحات الأولية** التي يعتمدها القضاء مع اليمين في ترجيح قول أحد الخصمين.

(ر: المجلة، باب: **القول لمن**).

وهذا أيضاً مذهب المالكية نصَّ عليه صاحب «التبصرة» فيما لو اختلف عطار ودباغ في العطر والجلد، أو اختلف فقيه وحدَّاد في نحو الجبة والكير إلخ... تفريعاً على أصل القضاء بالعرف والعادة.

أما الشافعية فلم يقبلوا القضاء بهذه القرائن على ظن أنه يخالف الحديث النبوي القائل: **«البينة على المدَّعي واليمين على من أنكر»** (ر: ف ٥/٢٣).

والواقع أنه ليس بينهما مخالفة كما أوضحه صاحب «تهذيب الفروق»[(١)].

٥/٧٥ ـ يتضح لك من الأمثلة السالفة أنَّ القرائن العرفية هي دلائل قضائية يرجح معها العقل احتمالاً على آخر ترجيحاً يستند فيه إلى علاقة وصلةٍ يؤيِّدُها الأمر المتعارف المعتاد. فمرجعها في النهاية إلى حكم العقل[(٢)] وليست من صلب نظرية العرف الذي يحكم في تحديد الحقوق والالتزامات، وتقييد التصرفات، وتفسير العقود، وتخصيص النصوص

---

(١) ر: رسالة «العرف والعادة» للأستاذ أبي سنة ص/١١٨ ـ ١١٩/ نقلاً عن تكملة فتح القدير، وتكملة رد المحتار، والبحر، آخر باب التحالف، والزيلعي أول كتاب الدعوى، والتبصرة في الفقه المالكي ٥٨/٢، وتهذيب الفروق المطبوع في هامش فروق القرافي الفرق / ١٦٠ ج٣ ص ١٨٥، والمهذب للشيرازي في الفقه الشافعي ج١ ص٣٣٥.

(٢) وقد قدمنا نقلاً عن علماء الأصول في تعريف العادة أنها: «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية». والعادة أخت العرف (ر: ف ٨/٦٧).

وتعيين مراد الشارع وكل متكلم، وله سلطان في توجيه المسؤوليات كوكيل عن الشارع في كل ما سكت عنه نص الشارع والعاقد.

على أنَّ القرائن العرفية نظراً إلى أنَّ مستند الدلالة فيها إنما هو العادة، يمكن بهذا الاعتبار أن تلحق ببحث العرف إلحاقاً كما فعلنا هنا، لا أن تحشر مسائلها في صلب مباحثه.

هذا، وقد أشرنا في مناسبة سابقة من بحث الاستصلاح إلى أنَّ القرائن نوعان:

الأول: قرائن شرعية أو قانونية، وهي التي يعتمدها الشارع أساساً في إيجاب بعض الأحكام.

والثاني: قرائن قضائية، وهي التي يتخذها القاضي دليلاً في تمحيص الوقائع وإثباتها، ويعود إليه تقدير دلالتها على الواقع (ر: ف ٨/٤ الحاشية).

فالقرائن الشرعية أو القانونية هي في الأغلب من نوع القرائن العقلية، لأن الشارع يبني عليها حكماً ثابتاً، فيجب أن يقام على نسبة ثابتة بين الدلالة ومدلولها كما في حكم التقادم (مرور الزمان)، وطلاق الفرار[١].

أما القرائن القضائية فقد تكون عقلية أو عرفية، لأنَّ القضاء يستأنس بجميع الأدلة ولو وقتية لمعرفة الوقائع التي سيبني عليها الحكم.

---

(١) طلاق الفرار هو أن يطلق الرجل زوجتَه طلاقاً بائناً دون رضاها وهو في مرض موته أو في موقف يغلب فيه الهلاك. فقد اعتبر الاجتهاد الحنفي أنَّ هذه الحالة قرينة شرعية على أنَّ الرجل أراد بهذا الطلاق أن يحرم زوجته من ميراثه عند يأسه من الحياة، لأنه إذا كان يقصد الخلاص من سوء العشرة الذي شُرِعَ له الطلاق فهذا حاصل دون طلاق لأنه في مرض الموت على باب الفراق الأبدي. فلذا أوجبوا ميراث زوجته منه بشرائط معينة. وهذا من أبرز صور نظرية منع التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

على أنه قد تكون القرائن الشرعية أو القانونية أيضاً من النوع العرفي الذي تستند فيه دلالة القرينة إلى العادات العامة الدائمة كما في مسألة اختلاف الزوجين في أمتعة البيت ومسألة السفينة وأشباههما.

الفصل السادس والسبعون

العرف وتغيُّر الزمان: نظرة عامة

١/٧٦ ـ من المقرَّر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية. فإنَّ هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد. فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة. فكم من حكم كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي إلى عكسه، بتغيُّر الأوضاع والوسائل والأخلاق.

وعن هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون، وصرَّح هؤلاء المتأخرون بأنَّ سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو **اختلاف الزمان وفساد الأخلاق**. فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين، ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قال المتأخرون.

(ر: «نشر العرف» لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢/ ١٢٥).

وعلى هذا الأساس أسست القاعدة الفقهية القائلة: **«لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»** (م/ ٣٩).

٢/٧٦ ـ ما هي الأحكام التي يجب تغييرها بتغير الزمان:

وقد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب على أنَّ الأحكام التي تتبدل بتبدل

الزمان وأخلاق الناس هي **الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية**، أي التي قررها الاجتهاد بناءً على القياس أو على دواعي المصلحة، وهي المقصودة بالقاعدة الآنفة الذكر.

أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة الناهية، كحرمة المحرمات المطلقة، وكوجوب التراضي في العقود، والتزام الإنسان بعقده، وضمان الضرر الذي يُلحقه بغيره، وسريان إقراره على نفسه دون غيره، ووجوب منع الأذى وقمع الإجرام، وسد الذرائع إلى الفساد، وحماية الحقوق المكتسبة، ومسؤولية كل مكلف عن عمله وتقصيره، وعدم مؤاخذة بريء بذنب غيره إلى غير ذلك من الأحكام والمبادىء الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها ومقاومة خلافها، فهذه لا تتبدل بتبدل الأزمان، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال؛ ولكن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثة.

فوسيلة حماية الحقوق مثلاً وهو القضاء كانت المحاكم فيه تقوم على أسلوب القاضي الفرد، وقضاؤه على درجة واحدة قطعية، فيمكن أن تتبدل إلى أسلوب محكمة الجماعة، وتعدد درجات المحاكم، بحسب المصلحة الزمنية التي أصبحت تقتضي زيادة الاحتياط لفساد الذمم.

فالحقيقة أنَّ الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان مهما تغيَّرت باختلاف الزمن فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق، وجلب المصالح ودرء المفاسد. وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع، فإنَّ تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحدِّدها الشريعة الإسلامية، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً، وأنجح في التقويم علاجاً.

٣/٧٦ ـ عوامل تغير الزمان نوعان: فساد وتطور:

قد يكون تغير الزمان الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئاً

عن فساد الأخلاق وفقدان الورع وضعف الوازع، مما يسمونه: **فساد الزمان**.

وقد يكون ناشئاً عن حدوث أوضاع تنظيمية ووسائل زمنية جديدة من أوامر قانونية مصلحية، وترتيبات إدارية، وأساليب اقتصادية، ونحو ذلك.

وهذا النوع الثاني هو أيضاً كالأول موجب لتغيير الأحكام الفقهية الاجتهادية المقررة قبله إذا أصبحت لا تتلاءم معه لأنها تصبح عندئذ عبثاً أو ضرراً، والشريعة منزّهة عن ذلك. وقد قدَّمنا نقلاً عن «الموافقات» للشاطبي أنه **«لا عبث في الشريعة»** (ر: ف٦٤/٢) وسنبين فيما يلي أمثلة تغيُّر الأحكام لتغير الأزمان بنوعيه.



الفصل السابع والسبعون

تغيُّر الأحكام الاجتهادية بفساد الزمان

١/٧٧ - فمن المسائل التي غيَّر الفقهاء المتأخرون أحكامها التي قررها اجتهاد الأئمة الأولين، وعللوا ذلك بفساد الزمان، أي بفساد الأخلاق العامة، القضايا التالية:

٢/٧٧ - أ - من المقرَّر في أصل المذهب الحنفي أنَّ المدين تنفذ تصرُّفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرُّع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، باعتبار أنَّ الديون تتعلَّق بذمته، فتبقى أعيان أمواله حرة، فينفذ فيها تصرفه. وهذا هو مقتضى القواعد القياسية.

ثم لما فَسَدت ذِمَمُ الناس، وكثر الطمع، وقلَّ الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء المذهبين الحنبلي والحنفي بعدم نَفَاذ هذه التصرُّفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله كما تقدَّم تفصيله في محله من نظرية الأهلية (ف٦٥/ ٥).

٣/٧٧ - ب - في أصل المذهب الحنفي أنَّ الغاصب لا يضمن قيمة منافع المغصوب عن مدة الغصب، بل يضمن العين فقط إذا هلكت أو تعيَّبَت، لأنَّ المنافع عندهم ليست متقوِّمة في ذاتها، وإنما تتقوم بعقد

الإجارة، ولا عقد في الغصب[1].

ولكن **المتأخرين** من فقهاء المذهب الحنفي نظروا تجرؤ الناس على الغصب، وضعف الوازع الديني في نفوسهم، فأفتوا بتضمين الغاصب أجرة المثل عن منافع المغصوب إذا كان المغصوب مالَ وقفٍ أو مال يتيم أو معداً للاستغلال، على خلاف الأصل القياسي في المذهب، زجراً للناس عن العدوان، لفساد الزمان، وهذه الأموال الثلاثة مطمع لضعف الباعث الشخصي على حمايتها.

وعلى هذا استقرَّ العمل وجاءت المجلة (ر: م/٥٩٦/ وشرحها) واستناداً إلى العلة نفسها نستطيع أن نقول: إنَّ قواعد الاجتهاد الحنفي تتقبل مبدأ تضمين بدل منافع المغصوب مطلقاً في جميع الأموال، لا في هذه الأنواع الثلاثة فقط، لازدياد فساد الذمم، وكثرة الطمع في أموال الغير، والتجاوز على الحقوق.

وهذا التعميم في تضمين المنافع توجبه النصوص القانونية لدينا اليوم، وفيه المصلحة.

٧٧/ ٤ ـ ج ـ في أصل المذهب الحنفي أنَّ الزوجة إذا قَبَضَت معجَّل مهرها تلزم بمتابعة زوجها حيث شاء.

ولكن المتأخرين لحظوا انقلاب الأخلاق وغلبة الجور، وأن كثيراً من الرجال يسافرون بزوجاتهم إلى بلاد نائية ليس لهن فيها أهل ولا نصير، فيسيئون معاملتهن ويجورون عليهن، **فأفتى المتأخرون** بأنَّ المرأة، ولو قبضت معجل مهرها، لا تجبر على متابعة زوجها إلى مكان إلا إذا كان وطناً لها، وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما، وذلك لفساد الزمان وأخلاق

---

(١) وقد ذهب الأئمة الثلاثة إلى عكس ما ذهب إليه الاجتهاد الحنفي، فاعتبروا المنافع متقوِّمة في ذاتها كالأعيان، وأوجبوا تضمين الغاصب أجرة المثل عن المال المغصوب مدة الغصب، سواءٌ استوفى الغاصب منافعه أو عطلها.

وهذا الاجتهاد أوجه وأصلح، كما سنرى في الجزء الثالث (ر: ف ١١/ ٤ ـ ١٢/ ٤).

الناس. وعلى هذا استقرت الفتوى والقضاء في المذهب[١].

(ر: باب المهر في كتاب النكاح في الدرر ١/ ٣٤٧، وفي رد المحتار ٢/ ٣٦٠).

٧٧/ ٥ ـ د ـ في أصل المذهب الحنفي وغيره أنَّ القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث. أي إنَّ علمه بالوقائع المتنازَع فيها يصلح مستنداً لقضائه ويغني المدَّعي عن إثبات مُدَّعَاه بالبيِّنة، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البيِّنة. وفي ذلك أقضيةٌ مأثورة عن عمر وغيره. ولكن لوحظ فيما بعد أنَّ القضاة قد غَلَب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرِّشا، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقةً وعفةً وكفاية، بل الأكثر تَزَلُّفاً إلى الولاة، وسعياً في استرضائهم، وإلحافاً في طلب التوظيف.

لذلك **أفتى المتأخرون** بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع، بل لا بد أن يستندَ قضاؤه إلى البيِّنات المثبتة في مجلس القضاء. حتى لو شاهد القاضي بنفسه عقداً أو قرضاً أو واقعة ما بين اثنين خارج مجلس القضاء، ثم ادَّعى بها أحدهما وجَحَدها الآخر، فليس للقاضي أن يقضي للمدعي بلا بيِّنة؛ إذ لو سَاغَ ذلك بعدما فَسَدت ذمم كثير من القضاة لزعموا العلم بالوقائع زوراً وميلاً مع الأقوى وسيلة من الخصمَين. فهذا المنع، وإنْ أضاع بعض الحقوق لفقدان الإثبات، يدفع باطلاً كثيراً.

---

(١) يلحظ هنا أنَّ المادة /٧١/ من «قانون حقوق العائلة العثماني» الذي كان نافذاً لدينا جاءت توجب على المرأة متابعة زوجها حيث شاء رجوعاً إلى أصل المذهب لأنَّ الزوج أدرى بموطن رزقه.

والسبب في هذا الرجوع أنَّ القانون المذكور قد فتح في المادة /١٣٠/ منه للمرأة طريقَ الخلاص بطلب التفريق القضائي إن لم يطب لها المقام مع زوجها.

ثم جاءت المادة /٧٠/ من قانون الأحوال الشخصية الصادر عام/ ١٩٥٣ ميلادية لدينا تقرر «**إجبار الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك، أو وجد القاضي مانعاً من السفر**».

وهكذا استقرَّ عمل المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه.

ـ على أنَّ للقاضي أن يعتمدَ علمه في غير القضاء من أمور الحسبة[١] والتدابير الإدارية الاحتياطية كما لو علم ببينونة امرأة مع استمرار الخلطة بينها وبين زوجها، أو علم بغصب مال، فإنَّ له أن يحول بين الرجل ومطلقته، وأن يضع المال المغصوب عند أمين إلى حين الإثبات[٢].

٧٧/ ٦ ـ هـ ـ من المبادىء المقررة في أصل المذهب أنَّ العمل الواجبَ على شخص شرعاً لا يصح استئجاره فيه ولا يجوز له أخذ أجرة عليه.

وعلى هذا لو امتنع الغاصب عن رد المغصوب إلى مكان الغصب إلا بأجرة، فدفعها له المغصوب منه لا يستحقها الغاصب، بل تسترد منه. ولو امتنعت الزوجة عن القيام بالعمل الواجب عليها ديانة ضمن البيت فاستأجرها لأجله الزوج لا تستحق الأجرة.

ومن فروع هذا المبدأ الفقهي أنَّ القيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة، كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن والعلم، لا يجوز أخذ الأجرة عليه في أصل المذهب، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً لأنه واجب ديني. (ر. «البدائع» شرائط المعقود عليه في الإجارة ٤/ ١٩١ ـ ١٩٢).

غير أنَّ المتأخرين من فقهاء المذهب لحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات، وانقطاع الجِرايات من بيت المال عن العلماء مما اضطرهم إلى التماس الكسب، حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بالأجر.

---

(١) انظر في معنى أمور الحسبة ما تقدم (ف ١٣/ ١ الحاشية).

(٢) ر: «الدر المختار ورد المحتار» ٤/ ٣٤٥ و ٣٥٥، و«الأشباه» لابن نجيم الفن الثاني آخر كتاب القضاء، و«جامع الفصولين» ج ١ آخر الفصل الأول ص٢٦، ومنتصف الفصل العاشر ص١٣٣ طبعة المطبعة الأزهرية.

لذلك أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجور عليها، حرصاً على تعليم القرآن ونشر العلم وإقامة الشعائر الدينية بين الناس.

٧٧/ ٧ ـ و ـ إنَّ الشهود الذين يُقضى بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا **عدولاً**، أي ثقات، وهم المحافظون على الواجبات الدينية، المعروفون بالصدق والأمانة. وإنَّ عدالة الشهود شريطة اشترطها القرآن لقبول شهادتهم، وأيَّدتها السنة وأجمع عليها فقهاء الإسلام.

غير أنَّ المتأخرين من فقهائنا لحظوا نُدْرة العدالةِ الكاملة التي فسرت بها النصوص، لفسادِ الزمن وضعف الذمم وفتورِ الحسِّ الديني الوازع. فإذا تطلَّب القضاة دائماً نِصَابَ العدالة الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات. فلذا أفتوا بقَبول شهادة **الأمثل فالأمثل** من القوم حيث تَقِلُّ العدالة الكاملة.

ومعنى الأمثل فالأمثل: الأحسن فالأحسن حالاً بين الموجودين، ولو كان في ذاته غير كامل العدالة بحدها الشرعي، أي أنهم تنازلوا عن اشتراط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية. (ر: «معين الحكام» القسم الثاني، الباب ٢٢ ص/ ١٤٥).

٧٧/ ٨ ـ ز ـ وكذلك أفتى المتأخرون في إثبات الأهِلَّة لصيام رمضان وللعيدين بقَبول رؤية شخصين، ولو لم يكن في السماء علَّة تمنع الرؤيا من غيم أو ضباب أو غبار، بعد أن كان في أصل المذهب الحنفي لا يثبت إهلال الهلال عند صفاء السماء إلا برؤية جمع عظيم، لأنَّ معظم الناس يلتمسون الرؤية. فانفراد اثنين بادعاء الرؤية مظنَّةُ الغَلَط أو الشبهة.

وقد عَلَّل المتأخرون قَبول رؤية الاثنين بقعود همم الناس عن التماس رؤية الهلال. فلم تبق رؤية اثنين منهم مَظِنَّة الغلط إذا لم يكن في شهادتهما شبهة أو تهمة تدعو إلى الشك والريبة (ر: البحر الرائق لابن نجيم، ورسالة العرف والعادة للأستاذ أبي سنة ص/ ١١١ ـ ١١٢).

٩/٧٧ ـ هذه أمثلة قليل من كثير من المسائل التي تغيَّرت فيها الآراء الفقهية والفتاوى وعمل القضاء، لا لاختلاف في الأنظار والمبادىء الفقهية التي بُنِيَت عليها الأحكام الأولى، بل بسبب **تغيُّر الزمان وفساد الأخلاق العامة**، كقعود الهمم عن الواجبات، وفساد الذمم في المعاملات، وفشوِّ الظلم، وضعف الوازع الديني عن أكل الحقوق بالباطل إلخ...

حتى إنَّ الأحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شيء مبنياً على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة، ثم تبدلت أحوالهم وفسَدَت أخلاقهم، وجب تبديل الحكم النبوي تبعاً لذلك إلى ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودرءِ المفاسد وصيانةِ الحقوق. وعلى هذا المبدأ سار الصحابة الكرام بعد عصر النبوة.

فقد ورد في صحيح البخاري وغيره[1] أن النبي عليه الصلاة والسلام سُئِلَ عن ضالَّةِ الإبل هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردِّها على صاحبها متى ظهر (كضالة الغنم ونحوها من الأشياء الصغيرة التي يخشى عليها)، فنهى النبي ﷺ عن التقاطها لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع، وأمر بتركها تَرِدُ الماء وترعى الكلأَ حتى يلقاها ربها. وقد ظل هذا الحكم محافظاً عليه إلى آخر عهد عمر.

فلما كان عهد عثمان بن عفان أَمَرَ بالتقاط ضوالِّ الإبل وبيعها، على

(١) رواه البخاري في كتاب العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره (٩١) عن زيد بن خالد الجهني أن النبي سأله رجل عن ضالّة الإبل، فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال: «ومالك ولها؟، معها سقاؤها وحِذاؤها، تَرِدُ الماء، وترعى الشجر، فذرها حتى يلقاها ربها». ورواه في اللقطة (٢٤٣٦)، ومسلم رقم (١٧٢٢) في اللقطة. قال ابن الأثير في «جامع الأصول» ١٠/٧٠٢: إنما شدد في ضالة الإبل بقوله: معها حذاؤها، وهو ما تطأ به الأرض من خفها لأنه أراد أنها تقوى به على قطع الأرض. وقوله: (سقاؤها) أراد أنها تقوى على ورود المياه ورعي الشجر والامتناع من السباع المفترسة. وكذا ما كان في معنى الإبل من البقر والخيل والحمير. انتهىٰ.

خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها، روى ذلك مالك عن ابن شهاب الزهري[1]، ذلك لأنَّ عثمان رأى أنَّ الناس قد دبَّ إليهم فسادُ الأخلاق والذمم، وامتدت أيديهم إلى الحرام، فهذا التدبير أصْوَن لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع. فهو بذلك - وإن خالف أمر رسول الله في الظاهر - إنما هو موافق لمقصوده، إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان لآلَ إلى عكس مراد النبي عليه الصلاة والسلام في صيانة الأموال، وكانت نتيجته ضرراً. (ر: تاريخ الفقه الإسلامي إخراج كلية الشريعة في الأزهر طبعة مطبعة وادي الملوك ص/٤٨).

(١) رواه مالك في (الموطأ) ٢/٧٥٩ في الأقضية، أنه سمع ابن شهاب يقول: كانت ضوال الإبل في زمن عمر رضي الله عنه: إبلاً مؤبّلة تناتج، لا يمسّها أحد حتى إذا كان زمن عثمان بن عفان، أمر بتعريفها ثم تباع. فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها. قال ابن الأثير في «جامع الأصول» ١٠/ ٧١١: «إبلاً مؤبّلة، إذا كانت الإبل مهملة».

الفصل الثامن والسبعون

تغيير الأحكام الاجتهادية لتطور الوسائل واختلاف الأوضاع

٧٨/ ١ ـ أ ـ في الماضي:

ثَبَتَ عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه وقال لأصحابه: «من كتب عني غيرَ القرآن فليمحه»[١].

واستمر الصحابة والتابعون يتناقلون السنَّة النبوية حفظاً وشفاهاً لا يكتبونها حتى آخر القرن الأول الهجري عملاً بهذا النهي.

ثم انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني بأمر من الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) إلى تدوين السنة النبوية، لأنهم خافوا ضياعها بموت حفظتها. ورأوا أن سبب نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن كتابتها إنما هو خشيته من أن تختلط بالقرآن، إذ كان الصحابة يكتبون ما ينزل منه على رقاع. فلما عمَّ القرآن وشاعَ حفظاً وكتابةً، ولم يبق هناك خشية من اختلاطه بالحديث النبوي، لم يبق موجب لعدم كتابة السنة، بل أصبحت كتابتها واجبة لأنها الطريقة الوحيدة لصيانتها من الضياع، وقد تقدَّم أن الحكم يدور مع علته ثبوتاً وانتفاء.

٧٨/ ٢ ـ ب ـ في العصر الحاضر:

١ ـ قبل إنشاء السجلات العَقَارية الرسمية التي تحدد العقارات،

---

(١) أخرجه مسلم في الزهد (٣٠٠٤)، وأحمد في المسند ١/ ١٧١، والدارمي في المقدمة ١/ ٩٨.

وتعطي كلاً منها رقماً خاصاً، كان التعاقد على العقار الغائب عن مجلس العقد لا بد لصحته من ذكر حدود العقار، أي ما يلاصقه من الجهات الأربع، ليتميَّزَ العقار المعقود عليه عن غيره وفقاً لما تقضي به القواعد العامة من معلومية محل العقد.

ولكن بعد إنشاء السجلات العقارية في كثير من الممالك والبلدان اليوم أصبح يكتفى قانوناً في العقود بذكر رقم مَحضر العقار دون ذكر حدوده.

وهذا ما يوجبه فقه الشريعة، لأنَّ الأوضاع والتنظيمات الزمنية أوجدت وسيلةً جديدة أسهل وأتم تعييناً وتمييزاً للعقار من ذكر الحدود في العقود العقارية. فأصبح اشتراط ذكر الحدود عبثاً، وقد قدمنا أنه لا عبث في الشريعة (ر: ف ٧٦/٣).

٢ ـ وكذلك كان تسليم العقار المبيع إلى المشتري لا يتمُّ إلا بتفريغ العقار وتسليمه فعلاً إلى المشتري، أو تمكينه منه بتسليم مفتاحه ونحو ذلك. فإذا لم يتم هذا التسليم يبقى العقار معتبراً في يد البائع، فيكون هلاكه على ضمانه هو ومسؤوليته وفقاً للأحكام الفقهية العامة في ضمان المبيع قبل التسليم.

ولكن بعد وجود الأحكام القانونية التي تخضع العقود العقارية للتسجيل في السجل العقاري استقرَّ الاجتهاد القضائي أخيراً لدينا على اعتبار التسليم حاصلاً بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري. فمن تاريخ التسجيل ينتقل ضمانُ هلاك المبيع من عُهدة البائع إلى عهدة المشتري لأن تسجيل البيع فيه تمكين للمشتري أكثر مما في التسليم الفعلي، إذ العبرة في الملكية العقارية قانوناً لقيود السجل العقاري لا للأيدي والتصرُّفات. وبتسجيل البيع لم يبق البائع متمكناً أن يتصرَّف في العقار المبيع بعقد آخر استناداً إلى وجوده في يده. وجميع الحقوق والدعاوى المتفرِّعة عن الملكية، كطلب نزع اليد وطلب الأجرة وغير ذلك، تنتقل إلى المشتري بمجرد التسجيل.

فبناءً على ذلك يصبح من الضروري في فقه الشريعة أن يعتبر لتسجيل العقد العقاري حكم التسليم الفعلي للعقار في ظل هذه الأوضاع القانونية التنظيمية الجديدة[١].

٣ ـ أوجب الشرع الإسلامي على كل زوجة تُطَلَّق من زوجها عدة تعتدها، وهي أن تمكث مدة معينة يمنع فيها زواجها برجل آخر. وذلك لمقاصد شرعية تعتبر من النظام العام في الإسلام. أهمها تحقق فراغ رحمها من الحمل منعاً لاختلاط الأنساب.

وكان في الحالات التي يقضي فيها القاضي بالتطليق الجبري أو بفسخ النكاح تعتبر المرأة داخلة في العدة ويبدأ حساب عدتها من فور قضاء القاضي بالفرقة، لأن حكم القاضي في الماضي كان يصدر مبرماً واجب التنفيذ فوراً، لأنَّ القضاء مؤسس شرعاً على درجة واحدة، وليس فوق القاضي أحد له حق النظر في قضائه.

لكن اليوم قد أصبح النظام القضائي لدينا يجعل قضاء القاضي خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف أو بطريق النقض أو بكليهما. وهذا التنظيم القضائي الجديد لا ينافي الشرع لأنه من الأمور الاستصلاحية الخاضعة لقاعدة المصالح المرسلة (ر: ف ٥/٧ وما بعدها).

فإذا قضى القاضي اليوم بالفرقة بين الزوجين وجب أن لا تدخل المرأة في العدة إلا بعد أن يصبح قضاؤه مبرماً غير خاضع لطريق من طرق الطعن القضائي، وذلك إما بانقضاء المهل القانونية دون طعن من الخصم، أو بإبرام الحكم المطعون فيه لدى المحكمة المطعون لديها ورفضها للطعن حين ترى الحكم موافقاً للأصول. فمن هذا الوقت يجب اليوم أن تدخل

---

(١) أوضحنا ذلك واستوفينا أدلته في «عقد البيع» وهو الذي يبدأ فيه قسم العقود المسماة من هذه السلسلة الفقهية (ر: ٤/ ف١٠٩).

المرأة في العدة ويبدأ حسابها، لا من وقت صدور الحكم الابتدائي، لأنها لو اعتدت منذ صدور الحكم الابتدائي لربما تنقضي عدتها وتتحرر من آثار الزوجية قبل الفصل في الطعن المرفوع على حكم القاضي الأول بانحلال الزوجية، ثم ينقض هذا الحكم لخلل تراه المحكمة العليا فيه. وهذا النقض يرفع الحكم السابق، ويوجب عودة الزوجية.

فكيف يمكن ذلك بعد أن تصبح المرأة متحررة من آثار الزواج بانقضاء عدتها وقد ساغ لها أن تتزوج زوجاً آخر، وقد تكون تزوّجت فعلاً؟!.

لذلك يجب أن يعتبر الحكم الابتدائي الأول بالفرقة كحكم معلق على الإبرام (أي يعتبر مشروع فرقة) لا تسري نتائجه، وخاصة منها العدة إلا من بعد صيرورته مبرماً.

وقبل ذلك تبقى الزوجية قائمة بكل نتائجها رغم قضاء القاضي بالفرقة نظراً لتبدل الأوضاع القضائية عما كانت عليه في الماضي عندما كان قضاء القاضي الشرعي يصدر على درجة واحدة مبرماً لا معقب عليه.

ولا محذور في اعتبار الزوجية قائمة قبل انبرام الحكم بالفرقة، بل إنَّ لذلك نظيراً في الشرع يشبهه من هذا الوجه وهو الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج نفسه. فإن الزوجية تبقى مع الطلاق الرجعي قائمة من كل وجه بين الزوجين رغم الطلاق ما دامت المرأة في العدة، حتى إنَّ المتعة الزوجية تظل حلالاً بينهما وتقع بها الرجعة، وكذا لو مات أحدهما خلال العدة يرثه الآخر. فالطلاق الرجعي في النظام الإسلامي هو كما يقال بلغة العصر: «مشروع فرقة» قابل للرفع والإلغاء بالمراجعة. فإذا انقضت عدة المرأة دون رجعة من الزوج المطلّق فعندئذ تقع البينونة (الفرقة).

فيجب أن يعتبر نظير ذلك بالنسبة إلى بدء عدة المرأة في حالة التطليق

القضائي اليوم[١].

٣/٧٨ ـ فمن مجموع هذه الأمثلة وأشباهها يتضح أنَّ قضية تغيُّر الأحكام لتغير الزمان لا يصح أن تعتبر من صميم نظرية العرف كما يعتبرها بعض الباحثين، بل هي من نظرية **المصالح المرسلة**. فإنَّ قعود الهمم، وفساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع، والمستحدثات الجديدة، ليست أعرافاً يتعارفها الناس ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني. وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسَّسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها، فيجب أن تتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي.

وذلك نظير السفينة الشراعية التي تقصد اتجاهاً معيناً في ريح شمالية مثلاً، فإنَّ شراعها يقام على شكل يسير بالسفينة في الاتجاه المطلوب. فإذا انحرف مهب الريح وجبَ تعديل وضع الشراع إلى شكل يضمن سير السفينة في اتجاهها المقصود وإلا انحرفت أو توقفت.

وقد قال العلامة ابن عابدين رحمه الله في رسالته «نشر العَرف» ما نصه: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، **أو لحدوث ضرورة**، **أو لفساد أهل الزمان**، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه،

---

(١) ومثل آخر من العبادات: أن الحنابلة قد نصوا على كراهة التروّح (أي استعمال المروحة لتلطيف حرارة الجوّ) في الصلاة. فهذا لا يشمل اليوم المرواح الكهربائية التي تحرك الهواء، بدون عمل من المصلي ينافي حال الصلاة. وهذا مثل جيّد لتخلف علة الحكم وهي هنا حركة المصلي.

لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه» اهـ.

(ر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥ والأمثلة التي أتى بها).

وقال الشهاب القرافي أيضاً في «الفروق» تحت الفرق /٢٨/ المسألة الثالثة ١/ ١٧٧ ما نصه:

«الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين» اهـ.

ويقول ابن القيم رحمه الله في فصل «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغيُّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»:

«هذا فصل عظيم النفع جداً، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يُعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به. **فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدلٌ كلها؛ ورحمةٌ كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها. فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل» إلخ**...

(ر: إعلام الموقعين طبعة المنيرية ٣/ ١ وطبعة فرج الله زكي الكردي ٣/ ٢٧).

٧٨/ ٤ ـ هذا آخر القسم الثاني من هذا المدخل عرضنا فيه تلك النظريات الخمس الفقهية الأساسية التي هي دعائم الفقه الكبرى، وقناطره التي يقوم عليها بنيانه في شتى أبوابه، وهي نظرية الملكية، ونظرية العقود، ونظرية المؤيِّدات، ونظرية الأهلية والولاية، ونظرية العرف.

فقلما يوجد فرع فقهي لا يكون لواحدة فأكثر من هذه النظريات الكبرى علاقة به، فإنه إذا كان فيه ثبوت ملكية في عين أو منفعة خضع

لنظرية الملكية وقواعدها. وإذا كان فيه التزام عقدي خضع لنظرية العقود. وإذا كان فيه صحة أو فساد أو بطلان أو توقف خضع لنظرية المؤيِّدات ونظرية الأهليَّات. وإذا كان في حكمه تأثير للعرف خضع لنظرية العرف. وإذا كان فيه تصرُّف بفعل أو قول، أو فيه إثبات حق أو التزام خضع أيضاً لنظرية الأهلية والولاية والعقد.

فهذه النظريات الأساسية الكبرى تضرب نطاقاً حول أبواب الفقه وفصوله كلها يحيط بها، ويهيمن عليها ويوجِّه أحكامها، وتمسك كل جهة منه بطرف من هذه الأحكام.

٧٨/ ٥ ـ وقد بقيت نظرية سادسة هامة قد كان في مخطط بحثي أن أعالجها وأتمم بها عقد النظريات الأساسية الكبرى. وتلك هي **نظرية الضمانات**، تعرض فيها المبادىء الفقهية في ضمان الأموال والحقوق والتزاماتها في الذمم، وأسباب التضمين الشرعية، وأنواع الضمان من مستقر ومتحول (وهو الذي يستوجب للضامن الغارم حقاً في أن يرجع بما ضمنه على غيره)، وعوامل كل نوع وضوابطه، وما إلى ذلك من مباحث. ولكني تركت معالجة هذه النظرية الآن نظراً لضيق وقتي ولضيق نطاق هذا الجزء عنها، فقد اتسعت مباحث هذا الجزء إلى أكثر من الحد الذي كنت قدرته لها. والأمر إذا اتسع ضاق!![١]، كما انه إذا ضاق اتسع.

والآن ننتقل إلى القسم الثالث من هذا المدخل، وهو القسم الأخير المخصص لعرض القواعد الكليَّة في الفقه الإسلامي.

---

(١) على أنني قد يسَّر الله لي أن أصدرت (قبل هذا الإخراج الجديد للمدخل الفقهي العام) نظرية الفعل الضار ونشرتها في كتاب مستقل (دار القلم ـ دمشق ١٤٠٩ هـ / ١٩٨٨م)، وهي تغطي جانباً كبيراً من نظرية الضمانات التي لها أسباب أخرى غير الفعل الضار. وربما أعيدُ نشر نظرية الفعل الضار ضمن المجلد التالي (الثالث) من هذه السلسلة الفقهية.

القِسمُ الثّالِثُ

مِنَ المدخَلِ الفِقهِيِّ العامِ

القواعدُ الكُلِّيَّة



البَابُ العَاشِر

القَوَاعِدُ الكُلِّيَّة في الفِقْهِ الإِسْلَامي



الفصل التاسع والسبعون

معنى القواعد الكلية ومكانتها الفقهية

المطلب الأول: معنى القواعد الكليّة

٧٩/ ١ ـ القاعدة في اللغة هي أساس البيت ونحوه. وعليه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ﴾ [سورة البقرة ٢/ ١٢٧].

(ر: المصباح، وغريب القرآن للسجستاني).

وفي اصطلاح النحاة هي: **الضابط**، بمعنى الحكم المنطبق على جميع جزئياته، كقولهم: **الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب**.

أما في اصطلاح الفقهاء فالقاعدة هي: **حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته** (ر: حاشية الحموي على «الأشباه» الفن الأول تحت القاعدة الأولى) وذلك كقولهم: **«الأمور بمقاصدها»** وقولهم: **«الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه»**. ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني: **«مبادىء»** جمع مبدأ principe.

ويمكننا تعريفها بصورة أوضح وأدق دلالة بأن القواعد الفقهية هي:

أصول فقهية كليّة في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.

فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية. فتصاغ القاعدة عادة بكلمتين أو ببضع كلمات

محكمة من ألفاظ العموم[(١)].

٧٩/ ٢ ـ وقد سلفت الإشارة أول البحث في قسم **النظريات الأساسية الكبرى** إلى الفرق بين تلك النظريات والقواعد الكلية. فقد بيَّنا هناك أنَّ هذه القواعد إنما هي مبادىء وضوابط فقهية يتضمَّن كل منها **حكماً عاماً**. أما النظريات الأساسية التي عرضناها في ذلك القسم الثاني فتؤلِّفُ كل منها **نظاماً موضوعياً** في الفقه والتشريع. وقد تأتي القاعدة الكلية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي إحدى تلك النظريات، كما تقدم.

٧٩/ ٣ ـ وهذه القواعد الفقهية هي، كما سبق أن قلنا: أحكام **أغلبية غير مطَّردة** لأنها إنما تصوِّر الفكرة الفقهية المبدئية التي تعبر عن المنهاج القياسي العام في حلول القضايا وترتيب أحكامها. والقياس كثيراً ما ينخرم ويعدل عنه في بعض المسائل إلى حلول استحسانية استثنائية لمقتضيات خاصة بتلك المسائل، تجعل الحكم الاستثنائي فيها أحسن وأقرب إلى مقاصد الشريعة في تحقيق العدالة، وجلب المصالح، ودرء المفاسد، ودفع الحرج، كما تقدم إيضاحه في بحث الاستحسان.

ولذلك كانت تلك القواعد الفقهية قلما تخلو إحداها من مستثنيات في فروع الأحكام التطبيقية خارجة عنها، إذ يرى الفقهاء أنَّ تلك الفروع المستثناة من القاعدة هي أليق بالتخريج على قاعدة أخرى، أو أنها تستدعي أحكاماً استحسانية خاصة.

قال مهذِّب فروق القرافي نقلاً عن العلامة الأمير: «**من المعلوم أنَّ**

---

(١) ألفاظ العموم في اصطلاح علم أصول الفقه هي الألفاظ الموضوعة لغة للدلالة بصيغتها أو بمعناها على أفراد كثيرة غير محصورة على سبيل الاستغراق كلفظة (المؤمنون) في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ لأنَّ صيغة الجمع المعرف تعم، وكلفظ «القوم، والرهط، ومن، وما» فإنَّ معناها يقع على الجمع وإن كان لفظها مفرداً. وأنواع ألفاظ العموم مبيَّنة في بحث «العام والخاص» من كتب أصول الفقه.

أكثر قواعد الفقه أغلبية» (ر: تهذيب الفروق تحت الفرق الثاني ج١ ص٣٦).

ومن ثم لم تسوِّغ المجلة أن يقتصر القضاة في أحكامهم على الاستناد إلى شيء من هذه القواعد الكليَّة فقط دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضي فيها، لأنَّ تلك القواعد الكلية، على مالها من قيمة واعتبار، هي كثيرة المستثنيات، فهي دساتير للتفقيه، لا نصوص للقضاء. (ر: المقالة الأولى من مقدمة المجلة).

المطلب الثاني:

مكانة هذه القواعد وموقعها من أصول الشريعة

٧٩/ ٤ ـ وكون هذه القواعد أغلبية لا يغضُّ من قيمتها العلمية، وعظيم موقعها في الفقه، وقوة أثرها في التفقيه، فإنَّ في هذه القواعد تصويراً بارعاً، وتنويراً رائعاً للمبادىء والمقررات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبيِّن في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط، ووجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها.

ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مُشَتَّتَةً قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، وتبرز فيها العلل الجامعة، وتعين اتجاهاتها التشريعية، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة.

يقول العلامة الشهاب القَرافي في مقدمة كتاب «الفروق»:

«إنَّ الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع. وأصولها قسمان:

ـ أحدهما المسمى «أصول الفقه»، وأغلب مباحثه في قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ، كدلالة الأمر على الوجوب، ودلالة النهي على التحريم، وصيغ الخصوص والعموم، وما يتَّصل بذلك كالنسخ والترجيح.

ـ والثاني هو القواعد الكلية الفقهية، وهي جليلة كثيرة لها من فروع الأحكام ما لا يحصى، وهذه القواعد لم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وقد يُشار إليها هناك على سبيل الإجمال.

وهذه القواعدُ مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، وتَتَّضح له مناهج الفتوى. ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى.

ومن ضَبَطَ الفقهَ بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليّات، وتناسب عنده ما تضارب عند غيره» اهـ ملخصاً.

الفصل الثمانون

لمحة تاريخية عن صياغة القواعد الكلية

٨٠/ ١ ـ إنَّ القواعد الكليَّة المأثورة في الفقه الإسلامي لم توضع كلها جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معيَّن على أيدي أناس معلومين، بل تكوَّنت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح، استنباطاً من دلالات النصوص التشريعية العامة، ومبادىء أصول الفقه، وعلل الأحكام، والمقررات العقلية.

هذا، ولا يعرف لكل قاعدة صائغٌ معيَّن من الفقهاء إلا ما كان منها نصَّ حديث نبوي، كقاعدة «**لا ضرر ولا ضرار**» أو ما أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القواعد، كقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة في كتاب «الخراج» الذي وضعه للرشيد: «**ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف**».

(ر: «الخراج» فصل موات الأرض، ورد المحتار ٢/ ٢٥٧).

أما معظم تلك القواعد فقد اكتسبت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والصَّقْل والتحوير على أيدي كبار فقهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال. فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية، ومسالك الاستدلال القياسي عليها، أعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد وإحكام صيغها، بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى، وانصراف كبار أتباعها إلى

تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها[1] (ر: ف ٢/١٣).

٢/٨٠ ـ والظاهر أنَّ المذهب الحنفي، وهو أقدم المذاهب الأربعة الكبرى، قد كانت الطبقات العليا من فقهائه أسبق إلى صياغة تلك المبادىء الفقهية الكليَّة في صيغ قواعد، والاحتجاج بها. وعنهم نقل رجال المذاهب الأخرى ما شاؤوا منها.

وكانت هذه القواعد تسمى: **أصولاً**، كما قال القرافي آنفاً. فكثيراً ما نرى شُرَّاح المذهب في تعليلات الأحكام، ونرى المؤلفين في القواعد، يقولون: «**من أصول أبي حنيفة**، أو الأصل عند أبي حنيفة كذا وكذا» ويذكرون بعض هذه القواعد، كما يرى في كتاب «تأسيس النظر» للدبوسي، وفي قواعد الكرخي الآتي ذكرهما.

٣/٨٠ ـ ولعل أقدم خبر يروى عن جمع القواعد الكليَّة في المذهب الحنفي مصوغة بصيغها الفقهية المأثورة ما رواه العلامة ابن نجيم في مقدمة كتابه «الأشباه والنظائر» من أنَّ الإمام أبا طاهر الدبَّاس ـ وهو ممن عاش في القرنين الثالث والرابع للهجرة كما سنرى ـ قد جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كليَّة. وكان أبو طاهر ضريراً يكرِّر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد خروج الناس منه. وذكر ابن نجيم أنَّ أبا سعيد الهروي الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر ونقل عنه

---

(١) ومن دلائل هذا التطور في الصياغة الفقهية الفنية للقواعد أنَّ القاعدة المشهورة الأساسية في كون الإقرار إنما يلزم صاحبه المقر، ولا يَسْري حكمه على غيره، نرى نصها المتداول في كتب المتأخرين، وفي المادة /٧٨ من المجلة هو: «**الإقرار حجة قاصرة**» بينما أنَّ أصل هذه القاعدة في قواعد الإمام الكرخي التي سيأتي ذكرها هو بالنص التالي:

«**الأصل: أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير ولا بإلزام الغير حقاً**».

وهكذا كثير من القواعد المأثورة إذا قورنت نصوصها الأخيرة بأصولها القديمة.

بعض هذه القواعد[١]، ومن جملتها القواعد الخمس التي تُعتبر أمهات القواعد ومباني الأحكام الشرعية من نصية واجتهادية، وهي:

١ ـ الأمورُ بمقاصدها ٢ ـ الضَّررُ يُزال ٣ ـ العادةُ مُحَكَّمةٌ ٤ ـ اليقين لا يزول بالشك ٥ ـ المشقة تجلب التيسير[٢].

٨٠/ ٤ ـ وأقدم مجموعة من هذه القواعد الكليّة وصَلَت إلينا في شكل رسالة خاصة هي قواعد الإمام أبي الحسن الكرخي، وقد شرحها وأوضحها بالأمثلة الإمام نجم الدين أبو حفص عمر النَّسَفي الحنفي المتوفىٰ سنة٥٣٧ للهجرة[٣].

والظاهر أنَّ الكرخي قد أخذ القواعد التي جمعها أبو طاهر الدبَّاس وأضاف إليها، فقد جاءت مجموعة الكرخي بسبع وثلاثين قاعدة، بينما رأينا آنفاً فيما رواه ابن نجيم أنَّ القواعد التي جمعها الإمام الدبَّاس كانت سبع عشرة.

---

(١) يروي ابن نجيم قصة هذه الرحلة والنقل بصورة مستبعدة لا تصح تفاصيلها. ولكنَّ الظاهر أنَّ لها أصلاً ثابتاً، إذ رواها الجلال السيوطي الشافعي في كتابه «الأشباه والنظائر» (ص/ ٤ ـ ٥)، والكمال ابن الهمام الحنفي في «فتح القدير».
(ر: مقدمة الأشباه لابن نجيم، وحاشية الحموي عليها).

(٢) وقد نظمها بعض الشافعية مشيراً إلى أساسيتها في مذهبهم أيضاً بقوله:

خمس مقررة قواعد مذهب ... للشافعي فكن بهنَّ خبيرا
ضررٌ يزال، وعادة قد حكمت ... وكذا المشقة تجلب التيسيرا
والشك لا ترفع به متيقناً ... والقصد أخلص إن أردت أجورا

(٣) الإمامان الكرخي والدباس كانا متعاصرين، وكلاهما من أكابر فقهاء الطبقات العليا في المذهب الحنفي، ولكن الكرخي أكثر شهرة وذكراً.
فالكرخي: هو الإمام أبو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي، نسبة إلى كرخ العراق. ولد سنة /٢٦٠ هـ، وتوفي سنة /٣٤٠ هـ، وانتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي.
والدباس: هو الإمام أبو طاهر محمد بن محمد الدباس. كان إمام أهل الرأي في العراق حَفَّاظاً خبيرا بالروايات، ومن أقران الكرخي. وقد ولي القضاء بالشام. (ر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية للشيخ عبد الحي اللكنوي ص /١٠٩ و١٨٧).

ويرى الناظر في قواعد الإمام الكرخي هذه أنَّ بعضاً منها ليس من قَبيل القواعد بالمعنى الذي حددناه للقاعدة، وإنما هو من قبيل الأفكار التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل، كقول الكرخي مثلاً فيها:

«الأصل: أنَّ كل آية تخالف قول أصحابنا فإنها تحمل على النسخ أو على الترجيح أو على التأويل من جهة التوفيق».

ونستخلص من ذلك أنَّ هذه القواعد، وهي مفاهيم ومبادىء فقهية كبرى ضابطة لموضوعاتها قد بدأت حركة تقعيدها وتدوينها أواخر القرن الثالث الهجري، وأنَّ معانيها الفقهية كانت مقررة لدى الأئمة المجتهدين تُعتبر أصولاً عملية لهم يقيسون بها ويبنون عليها ويعللون بها، وإن كانت لم تُفرد بالتدوين قبل ذلك، ولم تأخذ الصياغة التي انتهت إليها فيما بعد إلا بالصقل والتحوير. وهي غير «أصول الفقه» التي هي علمٌ يقرر الطريقة العلمية في تفسير النصوص وفهمها والاستنباط منها.

٨٠/ ٥ ـ ثم جاء الإمام أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبُّوسي الحنفي، فوضع كتابه «تأسيس النظر» وضَمَّنه طائفة هامة من الضوابط الفقهية الخاصة بموضوع مُعَيَّن، ومن القواعد الكليَّة مع التفريع عليها[١].

٨٠/ ٦ ـ ثم جاء أخيراً العلاَّمة زين العابدين إبراهيم بن نُجيم المصري المتوفى سنة٩٧٠هـ فجمع في الفن الأول من كتابه «الأشباه والنظائر» خمساً وعشرين قاعدة، وصنفها إلى نوعين:

---

(١) الدبوسي من أكابر فقهاء المذهب الحنفي كان يُضرب به المثل في النظر والاحتجاج الفقهي. وذكر ابن خلكان أنه أول من وضع علم خلاف الفقهاء. والمراد بعلم خلاف الفقهاء ما نسميه اليوم في اصطلاح علم الحقوق الحديث باسم: «الفقه المقارن». فالدبوسي رحمه الله أول من عنيَ بتنظيم البحث في الفقه المقارن بين المذاهب، وجعل منه علماً مستقلاً.

وكتابه هذا، «تأسيس النظر» مطبوع مع قواعد الإمام الكرخي في المطبعة الأدبية بمصر.

١ ـ قواعد أساسية كالأركان في المذاهب الفقهية هي ست قواعد: الخمس المتقدمة، مضافاً إليها سادسة هي قاعدة: «لا ثواب إلا بالنية»[1].

٢ ـ تسع عشرة قاعدة أخرى في موضوعات مختلفة أقل اتساعاً وشمولاً، يتفرع عنها بعض قواعد فرعية أخرى، وأحكام كثيرة.

وقد بَسَطَ ابن نُجيم القول فيما يتفرَّع من هذه القواعد من فروع الأحكام العملية.

ثم في منتصف القرن الثاني عشر الهجري جاء الفقيه الحنفي التركي محمد أبو سعيد الخادمي، صاحب الحاشية على كتاب «الدرر شرح الغرر» فوضع متناً في أصول الفقه أسماه «مجامع الحقائق» وختمه بخاتمة جمع فيها مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية الكليَّة، عَرَضَها بنصوصها دون ما شرح، ورتبها على حروف المعجم بحسب الحرف الأول من أول كلمة من كل منها، فبلغت أربعاً وخمسين ومائة قاعدة[2].

وقد جاء فيها بعض قواعد من قبيل الأصول التوجيهية لرجال المذهب في تعليل المسائل، كالتي جاءت في قواعد الكرخي. وبعضها متداخل، وباقيها كله قواعد فقهية ذات أحكام عامة دستورية، أخذ فيها الخادمي معظم ما جمعه ابن نُجيم في الأشباه وأضاف إليه.

---

(١) لم تكن هذه القاعدة فيما نرى جديرة بأن تزاد على تلك القواعد الخمس الأمهات، بل هي فرع من عموم قاعدة «الأمور بمقاصدها» فتغني هذه عنها. وكلاهما مستمدٌ من الحديث النبوي القائل: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى».
على أنَّ قاعدة «الأمور بمقاصدها» هي التي تتفق مع نص هذا الحديث في عموم الحكم، فإنَّ كلاً منها يشمل ثواب الأعمال الأخروي كما يشمل كثيراً من نتائج التصرُّفات المدنية والأعمال الجنائية التي تختلف أحكامها القضائية الدنيوية، باختلاف قصد الفاعل ونيته. أما قاعدة «لا ثواب إلا بالنيَّة»، فخاصة بالثواب الأخروي فقط.

(٢) مجامع الحقائق للخادمي مطبوع مع شرح له اسمه «منافع الحقائق» في (المطبعة العامرة) بالقسطنطينية سنة ١٣٠٨ هـ. ولقواعده أيضاً شرح مستقل. وقد تابع الخادميُّ في هذا الترتيب على الحروف كتاباً في القواعد للعلامة الزركشي الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤هـ اسمه «المنثور في ترتيب القواعد الفقهية».

٧/٨٠ ـ ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية تحمل في صدرها مجموعةً كبيرة من هذه القواعد، مختارة من أهم ما جمعه ابن نُجيم والخادمي، مضافاً إليه بعض قواعد أخرى. فبلغت تسعاً وتسعين قاعدة في ٩٩ مادة (من المادة/٢ حتى المادة/١٠٠) استهلت بها أحكام المجلة بعد المادة الأولى التي تضمنت تعريف الفقه وتقسيم مباحثه.

٨/٨٠ ـ وبعد المجلة قام العلامة السيد الشيخ محمود الحمزاوي، مفتي دمشق في عهد السلطان عبد الحميد، باستقصاء القواعد والضوابط والأصول في معظم الأبواب الفقهية مما وراء قواعد المجلة. وقد جمعها في كتاب أسماه: «**الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية**» وأوضحها ببعض الأمثلة ورتَّبها على أبواب الفقه، فكان آخر وأوسع ما جمع باسم القواعد والأصول الفقهية فيما نعلم. وهو ينثر بين القواعد أحكاماً أساسية يسميها «فوائد» وهو مطبوع بدمشق سنة ١٢٩٨ هـ.

ولكنَّ القواعد الكليَّة بمعناها الذي بيّناه كالتي جاءت بها المجلة قليلة جداً فيه. وجل ما جاء فيه تحت عناوين القواعد إنما هو ضوابط جزئية أو أحكام أساسية، في موضوعات خاصة من أبواب الفقه.

وللمؤلف رسالة أخرى في قواعد أحكام الوقف خاصة.

٩/٨٠ ـ هذا مجمل حركة تقعيد القواعد الفقهية، ثم جمعها في المذهب الحنفي.

ويظهر من تتبع حركة التأليف في القواعد أنَّ فقهاء الشافعية، ثم الحنابلة، ثم المالكية قد تابعوا الحنفية في ذلك، ثم انتقلت إلى علماء الشيعة، بهذا الترتيب التاريخي!.

وقد كان القرن الثامن الهجري أحفلَ القرون بهذه التآليف، كما يعلم من تتبع ما سجلته فهارس المكتبات الشهيرة من المؤلفات أيضاً.

ويلاحظ هنا أنَّ كثيراً من المؤلفات التي عُرِفت باسم «الأشباه

والنظائر» ككتاب التاج السبكي، وكتاب الجلال السيوطي الشافعيين، تشتمل على كثير من هذه القواعد. حتى إنَّ ابنَ نُجيم الحنفي ذكر في مقدمة «أشباهه» أنه أراد وضعه على غرار كتاب السبكي الشافعي.

على أنَّ أشهر ما عرف ووصل إلينا مطبوعاً من مؤلفات المذاهب الثلاثة غير الحنفي، مما يبحث في القواعد أو يحمل اسم القواعد، ثلاثة مؤلفات هامة:

١ ـ كتاب «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» للإمام الفقيه الشافعي عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة ٦٦٠هـ.

٢ ـ وكتاب «الفروق» للفقيه المالكي شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي المتوفىٰ سنة ٦٨٤هـ تلميذ العز بن عبد السلام الشافعي.

٣ ـ وكتاب «القواعد» للفقيه الحنبلي عبد الرحمن بن رجب المتوفى سنة ٧٩٥هـ.

غير أنَّ هذه الكتب على عظيم قيمتها لا تتضمن القواعد بالمعنى الذي حَدَّدناه لكلمة «القاعدة»، وهي النصوص الفقهية الدستورية التي تعبِّرُ عن أحكام كليَّة في بضعة ألفاظ من صِيَغ العموم، وإنما تتضمَّن تقسيمات وضوابط أساسية في موضوعات فقهية كبرى:

أ ـ فكتاب العز بن عبد السلام الشافعي مبنيٌّ على فصول فقهية موضوعية، يَضَعُ فيها الموضوع الفقهي عنواناً في رأس الفصل، ثم يقسم الأحكام المتعلِّقة به، ويفصِّلها تفصيلاً فيه كثير من بيان حكمة التشريع. فهو أشبه بمدخل فقهي قَيِّم.

ب ـ وكتاب «الفروق» للقرافي قد أوضح في مقدمته أنه قد وضعه لبيان **(الفروق بين القواعد)**، وأنه قد جمع فيه /٥٤٨/ قاعدة، وأوضح كلاً منها بما يناسبها من الفروع وقد جاء الكتاب مطبوعاً في أربعة أجزاء كبار.

غير أنَّ هذا الكتاب أيضاً، على عظيم قيمته وما تضمن من مباحث لم يسبق إليها، لم يجمع **قواعد** بالمعنى الذي نعنيه هنا، وإنما يريد من القواعد معنى الأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى. فهو يعرض هذه الأحكام الأساسية في كل موضوعين متشابهين؛ ويجلو الفروق بينهما فيها فيقول مثلاً:

(الفرق بين قاعدتي الإنشاء والخبر) و(الفرق بين قاعدة ما تؤثِّر فيه الجهالة والغرر، وقاعدة مالا تؤثِّر فيه من التصرُّفات) و(الفرق بين قاعدتي تمليك المنفعة وتمليك الانتفاع) و(الفرق بين قاعدتي العرف القولي والعرف الفعلي) وهكذا... فهو يريد بالقاعدة معنى الأحكام الأساسية في موضوع معيَّن، لا المعنى الاصطلاحي الذي بيَّناه لها.

على أنَّ كتاب **«الفروق»** قد انتثرت في فصوله قواعد فقهية دستورية كثيرة متفرِّقة في مناسبات تعليل الأحكام ونصب الضوابط.

ج ـ وكتاب ابن رجب الحنبلي بنى مباحثه على مائة وستين قاعدة، وختمه بإحدى وعشرين فائدة.

وهو كذلك يضع تحت عنوان **«قاعدة»** موضوعاً فقهياً ثم يتناوله بإيضاح مسهب، وتفصيل مُعْجِب، وهو كتاب عظيم القيمة، يحمل من الثروة الفقهية ما يجل عن الوصف. وقد وصفه صاحب كشف الظنون بأنه: من «العجائب».

ولكنه على كل حال ليس مجموعة قواعد فقهية ذات نصوص عامة دستورية بالمعنى السالف البيان.

الفصل الحادي والثمانون

عرض القواعد التي جاءت بها المجلة مرتَّبةً، ومصنَّفةً إلى أساسية وفرعية

مع شرح لها موجز جداً

١/٨١ ـ إنَّ قواعد المجلة التي هي هدف بحثنا في هذا القسم الأخير من الكتاب كلها قواعد كليَّة ذات صياغة تشريعية فنية بالمعنى السالف البيان.

غير أنها قد جاء في بعض منها شيء من الترادف أو التداخل مع غيرها. ومن ثم وجب تصنيفها إلى صنفين:

١ ـ **القواعد الأساسية** التي كل منها أصل مستقل ليس متفرِّعاً من قاعدة أعم منه.

٢ـ **القواعد المتفرِّعة** من تلك القواعد الأساسية.

وإنَّ لجنة المجلة لم تصنِّف هذه القواعد، ولم تراعِ التناسب والتناسق في عرضها، بل سَرَدتها سرداً غير مرتَّب، تفرَّقت وتباعدت فيه القواعد المتقاربة أو المتداخلة في المعنى والموضوع. فمثلاً نجد:

ـ في المادة/ ٦٠/ قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».

ـ وفي المادة / ١٢/ من المجلة قاعدة: «الأصل في الكلام الحقيقة».

ـ وفي المادة / ٦١/ قاعدة: «إذا تعذَّرت الحقيقة يُصار إلى المجاز».

ـ وفي المادة/ ٦٢/ قاعدة: «إذا تعذَّر إِعمالُ الكلام يُهمل».

مع أنَّ هذه القواعد الأربع هي حلقات من سلسلة موضوع واحد، ترسم بمجموعها، وبهذا الترتيب الذي أوردناها به الآن، الدستور الأصولي المرتَّب في فهم النصوص، والطريقة العلمية الصحيحة في تفسيرها وكيفية العمل بها.

٨١/ ٢ ـ هذا، وبما أنَّ هذه القواعد الكليَّة قد أُدخلت في صلب المجلة وجُعلت جزءاً منها، عنيَ جميع شرَّاح المجلة بشرحها شروحاً متفاوتة في الإسهاب والاقتضاب، تبين ما يتفرع عليها من أحكام فقهية، وما يستثنى منها؛ كما أفردت أيضاً بشروح خاصة بها دون سائر المجلة، فإنَّ دراسة هذه القواعد الكليَّة وإيضاحها مما يعطي الدارس مَلَكَةً فقهية عاجلة، ويلقي نوراً كاشفاً على آفاق الفقه الإسلامي، ومبانيه، فيمشي الطالب في فهمه بخطوات ثابتة مكينة، وبصيرة مُدْرِكة.

٨١/ ٣ ـ وقد كان من برنامج هدفي في هذا المدخل أن أجعل هذا القسم الثالث الأخير منه شرحاً واسعاً لهذه القواعد التي صدرت بها المجلة.

غير أني لحظت عند وصولي إلى هذا القسم الأخير أن هذا المدخل قد طال فيه القسمان الأولان، وأنَّ هذه القواعد مشروحة شرحاً كافياً في معظم الشروح المتداولة للمجلة، وإن كان أسلوبها غير الأسلوب التعليمي الذي التزمنا السير عليه[1].

---

(١) وأوسع وأجل شرح لقواعد المجلة هذه فيما رأيت هو شرح والدي الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا رحمهما الله تعالى. فقد شَرَح هذه القواعد بمناسبة تدريسه إياها لنا في المدرسة الثانوية الشرعية بحلب، ثم استمر يوسِّع شرحها ويضيف إليه كل ما يجدُ له صلة بإحدى هذه القواعد من فروع الأحكام والقيود والمستثنيات في مطالعاته الفقهية المستمرة وتدريساته خلال عشرين عاماً، فكان أحفل الشروح بالفوائد والشواهد، وأجمعها للشوارد، بحيث يأخذ دارِسُه بأطراف الفقه. وقد أعجلته المنية عن طبعه فبقي مخطوطاً عندي. ثم يسَّر الله تعالى لي طبعه قبل بضع سنين بعنوان (شرح القواعد الفقهية) ثم أعدنا طبعة ثانية في دار القلم: دمشق، ١٤٠٩ هـ/١٩٨٩ م.

لذلك صرفت النظر عن التوسع في شرح هذه القواعد، ورأيت أن أجتزىءَ الآن بعرض نصوصها مصنَّفةً ومرتَّبةً ترتيباً جديداً، مع توضيح لبعضها بتفسير يسير، وذكر بعض أمثلة من فروع كل قاعدة تشير إلى تطبيقها الفقهي، حفاظاً على حدود الغاية التدريسية في كليات الشريعة والحقوق..

وقد ميزت في هذا التصنيف القواعد الأساسية من القواعد الأخرى المتفرِّعة عنها، فجاءت القواعد الأساسية **أربعين**، والمتفرعات **تسعاً وخمسين**.

وقد رتبت القواعد الأساسية الأربعين بحسب موضوعاتها. وجعلت القواعد المتعلِّقة بالولاية وحقوق الإدارة العامة، ثم المتعلقة بالإثبات، آخر الكل.

وقد جعلت عدد القواعد المتسلسل إلى الأخير عائداً للأربعين الأساسية، وكتبت مرتبتها العددية باللفظ لا بالرقم. وبالحرف الأسود تمييزاً لها.

أما القواعد المتفرِّعة منها فقد وزعتها تحت تلك القواعد الأساسية، فجعلت تحت كل منها ما يتفرَّع عنها من القواعد بحرف **عادي**، ورمزت إلى تعداد تلك القواعد المتفرِّعة بسلسلة الحروف الأبجدية.

وقد التزمت أن أشير بعد ذكر كل قاعدة إلى رقم مادتها في المجلة نظراً لاختلاف الترتيب، كي يسهل الرجوع إليها في المجلة وشروحها.

هذا وتسهيلاً للمراجعة سوف نسرد في نهاية شرح هذه القواعد نصوصها مجرَّدة مرتَّبة على ترتيب الحروف الهجائية في أوائل كلماتها الأولى، ومشاراً بجانب كل منها إلى رقم الفصل والفقرة التي تقع فيها القاعدة وشرحها من هذا الكتاب، وإلى رقم مادتها في المجلة.

٨١/ ٤ ـ القاعدة الأولى: «الأمور بمقاصدها» (المجلة/ ٢).

أي إنَّ أعمال الشخص وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرُّفات:

ـ فمن قتل غيره بلا مسوِّغ مشروع إذا كان عامداً فلفعله حكم، وإذا كان مخطئاً فله حكم آخر.

ـ ومن قال لآخر: خذ هذه الدراهم، فإن نوى التبرُّع كان هبة، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة.

ـ ومن التقط اللقطة بقصد أخذها لنفسه كان غاصباً، ولو التقطها بنية حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر كان أميناً؛ فلا يضمنها إذا هلكت بلا تعدٍ منه عليها أو تقصير في حفظها، وهلم جراً...

ما يتفرع عنها من القواعد

٨١/ ٥ ـ «العبرة في العقودِ للمقاصدِ والمعاني لا للألفاظِ والمباني» المجلة/ ٣)[١].

ـ فبيعُ الوفاء تجري فيه أحكام عقود عديدة أبرزها أحكام الرهن. لأنَّ هذا هو مقصود العاقدين في بيع الوفاء (ر: ف ٨/٤٦).

ـ والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض، كمن قال لآخر وهبتك هذا الشيء بكذا أو بشرط أن تعطيني كذا، أخذ العقد أحكام البيع لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العاقد لفظ الهبة: فيرد الموهوب بالعيب، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق[٢] الموهوب من يده، وكذا سائر أحكام البيع.

---

(١) ورد في كتاب «المبسوط» للسَّرَخسي (ج٢٢/ ٢٣) قوله: «... لأنَّ العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ». فهذه الصيغة للقاعدة مقرَّرة في المذهب الحنفي قبل عهد الإمام السَّرَخسي حتى علَّل بها.

(٢) تقدم معنى الاستحقاق فلينظر (ف ٣٧/ ٢ الحاشية)

ـ والكفالة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول انقلبت حوالة وأخذت أحكامها لأنها تصبح في معناها؛ وكذا الحوالة إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلاً من المدين المحيل والشخص المحال عليه معاً انقلبت كفالة. (ر: ف ٤٦/ ٥ ـ ٦).

٨١/ ٦ ـ القاعدة الثانية: «اليقين لا يزول بالشك» (م/ ٤).

أي إذا ثبت أمرٌ من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً، أي قطعياً، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله، يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل.

هذه القاعدة أصلٌ شرعيٌّ يدعمه العقل، والقرآن، والسنة النبوية:

ـ فمن جهة العقل: اليقينُ أقوى من الشك، لأنَّ في اليقين حكماً قطعياً جازماً، فلا ينهدم بالشك.

ـ ومن جهة القرآن ورد قوله تعالى: ﴿وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ﴾ [يونس ١٠/ ٣٦].

والحقُّ هنا بمعنى الحقيقة الواقعة كاليقين.

ـ ومن جهة السنَّة: وَرَدَ في الأحاديث النبوية الصحيحة أنَّ المتوضىء إذا شكَّ في انتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتيقن، وتصحُّ به صلاته حتى يتحقق وجود ما ينقضه، ولا عبرة لذلك الشك.

واستناداً إلى هذا الحكم الشرعي وأمثاله بُنيت هذه القاعدة الحاكمة في جميع الأمور، من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية في سائر الحقوق والالتزامات:

ـ فإذا ثبت دَيْن على شخص، ثم مات وشككنا في وفائه فالدَّين باق.

ـ وإذا ثبت إبراء الدائن مدينه، ووقع الشك في رد المدين للإبراء، فالإبراء نافذ والدَّين ساقط.

ـ وإذا ثبت عقدٌ بين اثنين ووقع الشك في فسخه فالعقد قائم.

ـ وإذا هلكت الوديعة عند الوديع، وشككنا في أنها هلكت بتعديه عليها أو بتقصيره في حفظها (فيضمنها) أو أنها هلكت قضاءً وقدراً (فلا يضمنها) فإنه يعتبر غير ضامن، لأنَّ صفة الأمانة هي المتيقنة عند العقد فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير. وهكذا يقال في كل مشابه.

ما يتفرَّع عنها من القواعد:

٨١/ ٧ ـ أ ـ «الأصل بقاء ما كان على ما كان» (م/ ٥).

هذا الأصل يسمى: **الاستصحاب**، وهو اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما **مستمرةً** في سائر الأوقات حتى يثبت انقطاعها أو تبدلها.

فلو ادَّعى المقتِرض دفع الدَّين إلى المقرِض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر، كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين. أي أنَّ هذه الديون تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع، لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين، فالأصل بقاؤها في ذممهم حتى يثبت سقوطها، وإنما لهم تحليف الدائنين اليمين على عدم القبض، فإذا حلفوا قضي لهم.

٨١/ ٨ ـ ب ـ «ما ثبت بزمان يُحكم ببقائه ما لم يوجد دليلٌ على خلافه» (م/ ١٠).

هذه القاعدة في معنى سابقتها؛ وجميع أمثلتهما في الأحكام العملية واحدة.

٨١/ ٩ ـ ج ـ «الأصل في الأمور العارضة العدم» (م/ ٩).

المراد بالأمور العارضة ما كان عدمه هو الحالة الأصلية أو الغالبة، فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية، ويكون تغيره إلى الوجود عارضاً مشكوكاً فيه.

ـ فلو ادَّعى شخصٌ على آخر أنه عقد معه عقداً أو أتلف له مالاً أو ارتكب جريمة، وأنكر الآخر، فالقولُ لهذا حتى يثبت المدعي هذه الأفعال، لأنها أمور عارضة، وإنَّ الحالة الأصلية المتيقنة قبلاً هي عدمها.

ـ وهكذا لو تبايع اثنان فادَّعى أحدهما بعد ذلك أنه اشترط في العقد لنفسه الخِيار، ويريد الفسخ والرد، وأنكر الآخر هذا الاشتراط فالقول للمنكر بيمينه حتى يثبت الخيار من يدَّعيه، ذلك لأن الاشتراط أمر عارض، فالحالة الطبيعية الأصلية في العقد هي خلوُّه عن الشروط الزائدة فيكون عدمها هو المتيقَّن، ووجودها مشكوك فيه يحتاج إلى إثبات.

ـ وكذلك لو اختلف المتبايعان في صحة الدابَّة المبيعة أو مرضها، فالقولُ للبائع في زعم الصحة، لأنَّ المرض هو العارض، وإنَّ السلامة هي الحالة الطبيعية الأصلية.

ـ وكذا لو زعم ورثة عاقد أنَّ مورِّثهم كان حين التعاقد مجنوناً فعقده باطل، وأنكر الخصم، اعتبر العاقد عاقلاً حتى يثبت جنونه، لأنَّ الجنونَ آفةٌ عارضة، والأصل سلامةُ العقل فكان الظاهر شاهداً لمدعيها[١].

ملاحظة:

نصُّ هذه القاعدة في المجلة: «الأصل في الصفات العارضة العدم». والفقهاءُ كثيراً ما يُعبِّرون في تعليلاتهم بلفظ **«الأمور»** بدلاً من «الصفات» وهذا هو المراد بالقاعدة، فإن القاعدة لا يقتصر شمولها على الصفات كالجنون والمرض مثلاً، بل تشمل الأمور المستقلة، مثل العقود والإتلافات، كما يتَّضح من الأمثلة السابقة.

---

(١) المبدأ المقرَّر في المذهب الحنفي أنه عند الاختلاف في صحة العقد وبطلانه فالقول مبدئياً لمدَّعي البطلان وعلى مدَّعي الصحة الإثبات، لأنَّ الباطل معدوم والأصل العدم.

لكن يظهر أنَّ هذا مقيَّد بما إذا لم يكن ظاهر الحال شاهداً لمدعي الصحة دون البطلان كما هنا (ر: «القول الحسن» بحث الاختلاف في الصحة والتلجئة من باب البيع ص/١٠٢ الطبعة الحجرية سنة ١٢٧٦).

فلذا اخترنا التعبير في القاعدة بلفظ «الأمور العارضة».

٨١/ ١٠ ـ د ـ «الأصل براءة الذمة» (م/ ٨).

لأنَّ المرءَ يولد خالياً من كل دَيْن أو التزام أو مسؤولية. وكل شغل لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة، والأصل في الأمور العارضة العدم، كما رأينا في المادة السالفة.

فمن ادَّعى على غيره التزاماً بدين أو بعملٍ ما، مهما كان سببه، من عقد أو إتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان، فعليه هو الإثبات إذا أنكر الخصم، لأنَّ هذا الخصم يتمسَّك بحالة أصلية هي براءة الذمة، فيكون ظاهر الحال شاهداً له ما لم يثبت خلافه.

٨١/ ١١ـ هـ ـ «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» (م/ ١١).

كثيراً ما تختلف أحكام الحوادث ونتائجها باختلاف تاريخ حدوثها. فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد. لأنَّ الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك.

فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقَّن، وفي الأبعد مشكوك (من شرح والدي رحمه الله على القواعد).

وعلى هذا فروع كثيرة:

ـ منها ما لو تبيَّن في المبيع عيب بعد القبض، فزعم البائع حدوثه عند المشتري، وزعم المشتري وجوده عند البائع، فإنه يُعتبر حادثاً عند المشتري، فليس له فسخ البيع حتى يثبت أنه قديم عند البائع، إلا أن يكون العيب مما لا يحدث مثله، بل هو من أصل الخلقة، كالخَيَف في الفرس(١).

(١) الخَيَف (بفتحتين) أن تكون إحدى العينين سوداء والأخرى زرقاء، والوصف منه: أخيف، وزان (أبيض وأسود).

ـ وكذا لو اشترى شخص شيئاً على أنه بالخيار مدة معينة، ثم جاء يرده بعد انقضاء مدة الخيار زاعماً أنه قد فسخ البيع قبل انقضائها، وزعم البائع أنَّ المدة قد انقضت وهو ساكت فلزم البيع، وأنه قد فسخ بعد انقضائها. فالمعتبر في هذه قول البائع، ولا يحق للمشتري الرد حتى يثبت أنه قد فسخ في مدة الخيار.

هذا، وإنَّ لهذه القاعدة مستثنيات كثيرة، لأنها مقيَّدة في نظر الفقهاء بأنَّ الحادث إنما يضاف إلى أقرب أوقاته مالم تؤد هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت.

(ر: شرح المجلة للعلامة علي حيدر تحت هذه القاعدة).

٨١/ ١٢ ـ و ـ «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح» (م/ ١٣)

هذه القاعدة مجالها في الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، من إيجاب وقبول، وإذن ومنع، ورضى ورفض، ونحو ذلك.

إنَّ تعبير دلالة الحال عن الإرادة إنما هو خلَف عن الكلام الصريح عند عدمه. فإذا وجد التصريح بخلاف ما تفيده دلالة الحال لم يبق للدلالة هذه الخلَفيَّة والنيابة في التعبير، لأنَّ دلالة التصريح يقينية، ودلالة الحال والقرائن محل شك.

ولا فرق في التصريح بين القول والكتابة.

ـ وعلى هذا نصَّ الفقهاء أنَّ للبائع حقَّ احتباس المبيع عن المشتري حتى يدفع هذا إليه الثمن (مالم يكن مؤجَّلاً) فإذا قبضَ المشتري المبيعَ قبل دفع ثمنه، والبائع ناظر ساكت، اعتبر ذلك إذناً منه دلالة، فيسقط حقه في احتباس المبيع، وليس له إلا مطالبة المشتري بالثمن. لكن إذا صرَّح البائعُ للمشتري أنه لا يسمح له بأخذ المبيع قبل دفع الثمن، فأخذه المشتري قبل الدفع والبائع ساكت، لا يعتبر عندئذ سكوته إذناً منه، بل له استرداد المبيع، واحتباسه عن المشتري حتى يدفع الثمن.

ـ وكذلك قالوا: إذا فقد صَكُّ الوقْفِيَّة يتبع في مصارف غلة الوقف تعامل المتولين السابقين، فيعمل به لأنَّ تسلسل عملهم على طريقة واحدة فيه دلالة على أنَّ هذه الطريقة هي التي شرطَهَا الواقف.

ولكن إذا وجد للوقف صَكٌّ مُسجَّل، والمتولون يعملون بخلافه، فلا عبرة لتعاملهم المخالِف لصراحة شرط الواقف.

يتَّضح مما سلف أنَّ المراد بهذه القاعدة حالة تعارض الدلالة مع تصريح قائم في وقت واحد. أما لو وجدت الدلالة وحدها وأخذت حكمها، ثم وجد تصريح متأخِّر بخلاف مدلولها، فلا عبرة عندئذ لهذا التصريح، ولا يرفع الحكم الذي تقرَّر بتلك الدلالة، كتصريح البائع للمشتري بعدم موافقته على قبض المبيع قبل نقد الثمن، بعد ما أخذه المشتري والبائع شاهدٌ ساكت؛ فتصريحه عندئذ لا عبرة له.

وقد تقدَّم لنا الاستشهاد بهذه القاعدة في بعض المناسبات فلتنظر (ف: ٧٠/٤).

٨١/١٣ ـ ز ـ «لا يُنسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان» (م/٥٧).

لأنَّ عدم القول هو المتيقن، ودلالة السكوت مشكوكٌ فيها ما لم تدعمها قرائن مرجِّحة:

ـ فلو رأى الشخص بعض ماله في يد غيره يبيعه وظل ساكتاً، كان له أن يدعي به بعد ذلك، ولا يعتبر سكوته عند البيع اعترافاً بالملكية للبائع، ولا إجازة للبيع[1].

---

(١) هذا ما لم يكن البائع زوجاً أو قريباً محرماً من الشخص المدعي. فإن كان البائع زوجاً أو قريباً يعتبر سكوت زوجه أو قريبه عند البيع اعترافاً منه بأنه لا حق له في المبيع. وهذا استحسان منعاً للتلاعب والتغرير بواسطة الأقارب، ولأنَّ الخلطة بينهما قرينة تجعل من سكوته اعترافاً بنفاذ البيع. والقياس عدم الفرق بين القريب والغريب. (من شرح والدي رحمه الله على القواعد).

ـ وكذلك لو سكتت زوجة العِنِّين سنين لا يكون سكوتها رضاً مسقطاً حقها في التفريق القضائي بينها وبين زوجها.

والمراد بمعرض الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان والتعبير: كل موطن يلزم فيه التكلُّم لدفع ضرر أو غرر، أو يكون فيه السكوت **طريقة عرفية للتعبير**. وعلى هذا:

أ ـ لو سأل القاضي المُدَّعى عليه عما يقول في دعوى المُدَّعي، فاعتصم بالسكوت، يعتبر منكراً للدعوى فيكلف المدعي الإثبات.

وإذا عجز عن الإثبات وطلب التحليف، فعرضت اليمين على المُدَّعىٰ عليه، فسكت أيضاً دون أن يحلف أو ينكل، يعتبر ناكلاً عن اليمين ويقضي عليه، لأنَّ توقف سير المحكمة على كلامه يضرُّ المدَّعي.

ب ـ وكذا لو علم الشفيع[1] ببيع العقار الذي له فيه حق الشّفعة، فسكت عن طلبها، يُعتبر سكوته تسليماً مُسقطاً لشفعته، كي لا يعمد الشفيع إلى تغرير المشتري بهذا السكوت حتى يبني أو يغرس؛ ثم يطلب الشفيع أخذ العقار.

ج ـ ولو سكتت الفتاة البكر عند استئذان وليها لها بالتزويج، أو زوجها الولي دون استئذانها ثم بلغها العقد فسكتت، اعتبر سكوتها إذناً في الحالة الأولى، وإجازة في الثانية، لدلالة الحال، كما تقدم بيانه في مناسبات عدة (ر: ف ٣/ ٧ و٦٩/ ١٠).

٨١/ ١٤ ـ ح ـ «لا عبرة للتوهم» (م/ ٧٤).

المراد بالتوهم الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول. فهذا لا يبنىٰ عليه حكم، ولا يمنع القضاء، ولا يؤخِّر الحقوق.

ـ فلو شهد الشهود بانحصار إرث المتوفى بوارث أو بورثة معينين

---

(١) تقدَّم إيضاح معنى الشفّعة والشفيع فلينظر (ف ٢٣/ ٧ الحاشية).

وقالوا: **لا نعلم له وارثاً غيرهم**، يقضى لهم بالإرث، ولا عبرة لاحتمال ظهور وارث آخر، لأنَّ ذلك موهوم، فلا يعوق القضاء.

ـ وكذلك لو أثبت الدائنون ديونَهم على مفلس أو على تركته، وقال الشهود: لا نعلم له غريماً آخر، يعطى المال للحاضرين.

ـ وكذا أمر الشهود الثقات: يُعتمد على شهادتهم ويقضى بها، ولا عبرة لاحتمال خطئهم أو كذبهم.

٨١/ ١٥ ـ ط ـ «لا حجة مع الاحتمال الناشىء عن دليل» (م/٧٣)

أصل هذه القاعدة ما في «تأسيس النظر» للدبوسي (ص/١٩):

«إنَّ التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله».

ومعنى تمكن التهمة أنَّ لها مؤيداً من ظاهر الحال وليست مجرد توهم.

ـ وعلى هذا لا تقبل شهادة الزوجين وشهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض. ولا شهادة الأجير الخاص لمستأجره، لتمكن التهمة الناشئة عن علاقة قد تدفع إلى تحزُّب مريب يجب أن تتجرَّد الشهادة عنه.

ـ ولو أقرَّ شخصٌ **في مرض موته** لبعض ورثته بدين لا ينفذ إقراره إلا بتصديق باقي الورثة، لأنَّ احتمال اتخاذ هذا الإقرار مطيَّة لترجيح المُقَرِّ له على غيره في الإرث هو احتمال قويٌّ تدل عليه حالة مرض الموت.

ـ ومثل ذلك ما لو أقرَّ في مرض موته بِدَين يُزاحم بقية الديون الناشئة في حال الصحة، وتركته ضيِّقة، فإنَّ ديون الصحة تكون ممتازة. أي أنها تستوفى قبل الديون التي ليس لها بيِّنة سوى الإقرار في مرض الموت.

فلو كان الاحتمال لا دليل عليه لا عبرة له، كما لو كان الإقرار في حال الصحة، فإنه تصرُّف طبيعي، فينفذ ولا تقدح فيه هذه الاحتمالات، لأنها عندئذ مجرد توهم.

٨١/ ١٦ ـ ي ـ «لا عبرة بالظن البيّن خطؤه» (م/ ٧٢).

الظن: هو اعتقاد الاحتمال الراجح الذي ظهر رجحانه على نقيضه بدليل معتبر. فإذا ازداد قوة حتى أصبح خلافه موهوماً: فهو **غالب الظن**.

والشك: تساوي الاحتمالات دون رجحان لأحدها.

ومعنى القاعدة: أنه إذا بني حكم واستحقاق على ظن ثم تبيَّن خطؤه بطل.

ـ فلو دفع المدين الدَّين، ثم دفعه عنه وكيله أو كفيله جاهلاً أداء الأصيل، وكذا العكس، يستردُّ الدافع الثاني ما دفع.

ـ وكذا كل من دفع شيئاً على **ظن وجوبه**، أو صالح عن حق مدعى به عليه، ولم يكن قد أقرَّ به، ثم تبيَّن عدم الحق فله استرداد ما دفع.

أما إذا لم يكن الدفع على ظن الوجوب، بل بقصد التبرُّع، فإنه يجري عليه حكم الهبة، ويكون عندئذ من فروع القاعدة الأولى «الأمور بمقاصدها».

٨١/ ١٧ ـ ك ـ «الممتنع عادة كالممتنع حقيقة» (م/ ٣٨).

الممتنع حقيقة هو الذي لا يمكن وقوعه. فهذا لا يقبل الادعاء به، بل يرفض، كمن ادَّعى على مساويه سناً أنه ابنه أو أبوه.

والممتنع عادةً هو الذي لا يعهد وقوعه وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد. فلو ادَّعى شخصٌ معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يُعرف أنه أصاب مثلها بإرث أو غيره لا تُسمع دعواه ولا تُقبل له بيِّنة، مالم يثبت مصدراً لهذا المال.

وكذا لو ادَّعى المتولي أو الوصيّ أنه أنفق على عقار الوقف أو القاصر مبالغ غير محتملة فإنه لا يصدَّق ولا تقبل بيِّنته.

٨١/ ١٨ ـ القاعدة الثالثة: «لا ضرَرَ ولا ضِرار» (م/ ١٩).

الضرر إلحاق مفسدة بالغير. **والضرار** مقابلة الضرر بالضرر.

هذه القاعدة بلفظها نصُّ حديث نبوي في رتبة الحسن، رواه مالك في الموطأ، وأخرجه ابن ماجه والدارقطني في سننهما.

وهذه القاعدة من أركان الشريعة وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة، وهي أساسٌ لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد. وهي عدَّة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية للحوادث.

أ ـ ونصها ينفي الضَّرر نفياً فيوجب منعه مطلقاً، ويشمل الضرر الخاصَّ والعام. ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره. وتدلُّ أيضاً على وجوب اختيار أهونِ الشَّرين لدفع أعظمهما، لأنَّ في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه بتاتاً.

ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي هذه القاعدة، وإنْ ترتَّب عليها ضررٌ بهم، لأنَّ فيها عدلاً ودفعاً لضررٍ أعم وأعظم.

ب ـ والمقصود بمنع **الضرار** نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته، لأنَّ الإضرار ـ ولو على سبيل المقابلة ـ لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عامة، وإنما يلجأ إليه اضطراراً، عندما لا يكون غيره من طرق التلافي والقمع أفضل منه وأنفع.

فمن أتلف مال غيره مثلاً لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله، لأنَّ ذلك توسيع للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضمين المتلف قيمة ما أتلف، فإنَّ فيه نفعاً بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه إلى حساب المعتدي، فإنه سيَّان بالنسبة إليه إتلاف ماله وإعطاؤه للمضرور لترميم الضرر الأول.

فأصبحت مقابلة الإتلاف بالإتلاف مجرد حماقة.

وذلك بخلاف الجناية على النفس والبدن مما شرع فيه القصاص. فمن قتَل يُقتل، ومن قَطَعَ يُقطع، لأنَّ هذه الجنايات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها، كي يعلم الجاني أنه في النهاية كمن يعتدي على نفسه. وكل عقوبة أخرى لا تعيد للمجني عليه ما فقد من نفس أو عضو، فتظل حزازات النفوس كامنة تندفع إلى الثأر، وتجرُّ وراءها ذيول الويلات والفساد. فيبقى طريق القصاص في الجنايات على النقوس والأعضاء أنفع، لأنه أعدل وأقمع.

أما إتلافُ المال، فإنَّ التضمين فيه هو التدبير السديد المفيد دون مقابلة الإتلاف بالإتلاف.

وعلى هذه القاعدة بنى الفقهاء أحكاماً لا تحصى من شتى الأبواب، فقرروا أنه:

١ ـ لو انتهت مدَّة إجارة الأرض الزراعية قبل أن يستحصد الزرع تبقى في يد المستأجر بأجر المثل حتى يستحصد، منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه.

٢ ـ ولو باع شيئاً مما يسرع إليه الفساد كالفواكه مثلاً، وغاب المشتري قبل نقد الثمن وقبض المبيع، وخيف فساده، فللبائع أن يفسخ البيع ويبيع من غيره، دفعاً لضرره (رد المحتار من متفرقات البيوع).

٣ ـ ولو اشترى شيئاً وآجره، ثم اطَّلع على عيب قديم فيه، يعتبر هذا عذراً له يسوغ له فسخ الإجارة ليتمكن من رده على بائعه إزالة للضرر عن نفسه، والإجارة تفسخ بالأعذار كما تقدم (ف ٤٠/٧).

٤ ـ وجميع صور الاضطرار إلى دفع الدَّين عن الغير بلا إذنه، حيث لا يعتبر الدافع متبرِّعاً، بل يحقُّ له الرجوع على المدين بما دفعه عن ذمته منعاً للضرر عن نفسه كما تقدَّم، هي من فروع هذه القاعدة.

٥ ـ ويجوز حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم، ولو لم يثبت عليهم جرم معيَّن بطريق قضائي، دفعاً لشرِّهم، لأنهم قد يحتاطون ويتحفظون، فقد يملأون الدنيا فساداً وأضراراً، ولا يمكن إثبات شيء عليهم بطريقه القضائي. (ر: «معين الحكام» القسم الثالث في القضاء بالسياسة الشرعية ص/٢١٥ و٢١٨).

٦ ـ وأوجب الفقهاء احترام الحقوق القديمة من منافع ومرافق وتصرُّفات، ولو لم يكن في أيدي أصحابها وثائق مثبتة، لأنَّ في إزالتها إضراراً بهم، مالم يثبت إحداثها بطريق غير مشروع، أو يكن فيها ضرر بحقوق العامة، كما سيأتي.

إلى غير ذلك من الفصول والأحكام الفقهية الكثيرة.

ما يتفرع عنها من القواعد

٨١/ ١٩ ـ أ ـ «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (م/ ٣١)

هذه القاعدة تعبِّر عن وجوب دفع الضرر **قبل وقوعه**، بكل الوسائل الكافية الكافلة، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية. لأنَّ الوقاية خيرٌ من العلاج، وذلك بقدر الإمكان، لأنَّ التكليف الشرعي على حسب الاستطاعة.

ففي ميدان المصالح العامة:

شُرِعَ الجهاد لدفع شرِّ الأعداء، ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن الداخلي، ووجب سد ذرائع الفساد وأبوابه من جميع أنواعه، إلى غير ذلك من التدابير اللازمة لدفع الشر والحيلولة دونه.

وفي ميدان الحقوق الخاصة:

ـ شُرِعَ حق الشفعة لمقاصد، منها دفع ضرر سوء الجوار.

ـ وشُرِعَ الحَجْر على السفيه لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه وأسرته.

ـ وشُرِع الحَجْر على المدين المفلِس منعاً لضرر الدائنين من تصرفاته.

ـ وحُقَّ للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن حتى يوكل وكيلاً عنه بالخصومة، ولم يصح منه عزل هذا الوكيل مادام هو مسافراً منعاً لضرر الدائن (ر: ف ٤٠/٦).

ـ وشرع الإجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة بناءً على طلب أحد الشركاء دفعاً لضرر شركة الملك (ر: ف ٢٤/٨).

ـ وقرروا إجبار الشريك على المساهمة في نفقات تعمير العقار المشترك أو ترميمه إذا توهن وكان غير قابل للقسمة. وإذا لم يفعل فلشريكه الآخر أن يعمره ويحبسه عند بقوة القضاء أو يستغله كله حتى يستوفي.

ـ وقد شُرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر، كما في خيار الشرط وخِيار الرؤية وخيار التعيين في البيوع، لحاجة بعض المشترين إلى التروّي والاستشارة قبل البت (ر: ف ٣/٧ تاسعاً و٣٦/٨ و ٥٥/٢).

٨١/ ٢٠ ـ ب ـ «الضرر يزال» (م/ ٢٠).

هذه القاعدة تعبِّر عن وجوب رفع الضرر وترميم آثاره **بعد الوقوع**.

ـ ففي ميدان **الحقوق العامة**، إذا سَلَّطَ الإنسانُ ميزابَه على الطريق العام بحيث يضرُّ بالمارين، فإنه يزال؛ وكذلك إذا تعدَّى على الطريق ببناء أو غيره.

ـ **وفي ميدان الحقوق الخاصة**، يضمن المُتْلِف عِوَض ما أتْلفَ، للضرر الذي أحدثه.

ـ وإذا طالت أغصانُ شجرة لشخص وتدلَّت على دار جاره فأضرَّته يُكلَّف رفعها أو قطعها.

ـ وقد شُرِعَ كثير من الخيارات في العقود لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين كخيار العيب، وخيار الغبن بالتغرير، وخيار تفريق الصفقة (ر: ف ٣٧/ ٢).

٨١/ ٢١ ـ ج ـ «الضرر لا يزال بمثله» (م/ ٢٥).

هذه القاعدة تضع قيداً يقيد سابقتها. فإنَّ إزالة الضرر لا يجوز أن تكون بإحداث ضرر مثله، لأنَّ هذا ليس إزالة. ويفهم من ذلك أنه لا تجوز إزالته بضرر أعظم منه بحكم الأولوية.

ـ وعلى هذا: لو لم يجد الإنسان المحتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً إلا مالَ محتاج مثله لا يجوز له أخذه.

ـ ولا تفرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان فقيراً مثله.

ـ وكذا لا يجبر الشريك على قسمة المال المشترك غير القابل للقسمة، لأنَّ في قسمته ضرراً أعظم من ضرر الشركة (وفي القانون اليوم يزال هذا الشيوع بالبيع وتوزيع الثمن).

ـ وإذا ظَهَرَ في المبيع عيبٌ قديم، وحَدَث فيه عند المشتري عيب جديد، امتنع ردُّ المبيع بالعيب القديم، لأنَّ البائعَ عندئذ يتضرر بالعيب الحادث، بل يزال ضرر المشتري بإلزام البائع بالتعويض عن العيب القديم ما لم يرض برد المبيع مع عيبه الحادث.

٨١/ ٢٢ ـ د ـ «الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف» (م/ ٢٧).

هذه القاعدة تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من سابقتها:

فتفرض النفقة للفقراء على الأغنياء من الأقارب، لأنَّ ضرر الأغنياء بفرضها أخف من ضرر الفقراء بعدمه.

ـ ولو بنى مشتري الأرض فيها أو غرسَ، ثم ظَهَرَ لها مستحق، فإذا كانت قيمة البناء أكثر حقَّ للمشتري أن يتملك الأرض بقيمتها جبراً على صاحبها المستحق، والعكس بالعكس.

ـ وكذا لو ابتلعت دجاجة شخصٍ لؤلؤة ثمينة لغيره فلصاحب اللؤلؤة أن يتملك الدجاجة بقيمتها كي يذبحها ويستخرج لؤلؤته.

يمكن أن يستدل لهذه القاعدة ما جاء في القرآن الكريم في قصة موسى عليه السلام مع الخضر (سورة الكهف، الآيات ٦٥ ـ ٨٢) حين رافقه موسى على أن لا يسأله عن شيء يفعله حتى يحدث له الخضر منه ذكراً. فلما ركبا في السفينة خرقها الخضر فقال له موسى: أخرقتها لتغرق أهلها، لقد جئت شيئاً إمراً!! فقال له الخضر: ألم أقل إنك لن تستطيع معي صبراً؟! ثم لما فارقه قال الخضر: سأنبئك بما لم تستطع عليه صبراً. . . «أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر، فأردت أن أعيبها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً. . . وما فعلته عن أمري». **فقد أوحىٰ الله إليه أن يخرق السفينة لينقذ أصحابها من ضرر أعظم وهو أن يغتصبها الملك الظالم.**

٨١/ ٢٣ ـ هـ ـ «يختار أهون الشرين» (م/ ٢٩).

٨١/ ٢٤ ـ و ـ «إذا تعارض مفسدتان رُوعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما» (م/ ٢٨).

هاتان القاعدتان في معنى القاعدة التي قبلهما. ويتفرَّع عنهما:

ـ جواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين إذا كانت تُرجى حياته.

ـ وجواز السكوت عن إنكار المنكرات إذا كان يترتَّب على إنكارها ضررٌ أعظم.

٨١/ ٢٥ ـ ز ـ «يُتَحمَّل الضرر الخاص لدفع ضررٍ عام» (م/ ٢٦).

ـ فيُحْجَر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن، والمُكاري المفلس[1]، وإن تضرروا بذلك، دفعاً لضررهم عن الجماعة في أرواحها ودينها وأموالها.

---

(١) المُكاري (بضم الميم) هو الذي يتعاقد مع راغبي السفر لنقلهم أو نقل أمتعتهم على دوابِّه. وهو في الماضي كمركز السفريات والنقل في عصرنا اليوم.

- ويبيع القاضي على المحتكرين أموالهم المحتكرة، وإن أضرهم ذلك دفعاً لضرر الاحتكار عن العامة.

- ويجوز التسعير، أي تحديد الأسعار على الباعة، عند تجاوزهم وغلوهم فيها.

- وكذلك يجوز، بل يجب، هدم الدور الملاصقة للحريق، منعاً لتجاوزه إذا خيف سريانه

٢٦/٨١ - ح - «**دَرْءُ المفاسد أولى من جلب المنافع**» (م/ ٣٠).

لأنَّ للمفاسد سرياناً وتوسُّعاً كالوباء والحريق. فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتَّب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها. ومن ثم كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات.

وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ما نَهَيْتُكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم».

- وعلى هذا يجب شرعاً منع التجارة بالمحرَّمات من خمر ومخدرات ولو أنَّ فيها أرباحاً ومنافع اقتصادية.

- ويمنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقرِّ نساء جاره ولو كان له فيها منفعة.

- وكذا يمنع كل جار من أن يتصرَّف في ملكه تصرُّفاً يضر بجيرانه، كاتخاذ معصرة أو فرن يؤذيان الجيران بالرائحة أو الدخان[١].

- ويحجر على الطبيب الجاهل ونحوه.

- ويمنع الاحتكار والتعدي في الأسعار كما تقدَّم في القاعدة السابقة.

---

(١) وهذا غاية ما وصل إليه التفكير القانوني الحديث في نظرية منع «التعسف في استعمال الحق» (ر: ف ٦٩/٧ الحاشية).

٨١/ ٢٧ ـ ط ـ «إذا تعارض المانع والمقتضي يُقدَّم المانع» (م/ ٤٦).

أي إذا كان للشيء أو العمل محاذير تستلزم منعه، ودواعٍ تقتضي تسويغه. يرجح منعه، لأنَّ درءَ المفاسد مقدَّم على جلبِ المصَالح كما سَلَف بيانه في المادة السابقة.

وعلى هذا الأساس:

١ ـ يمنع الشريك من التصرُّف في المال المشترك بصورة تضرُّ شريكه، لأنَّ حق شريكه مانع وإن كان حق نفسه مقتضياً.

وكذا أحد صاحبي السفل أو العلو في الأبنية ذات الطوابق.

٢ ـ وإذا أقرَّ الشخص في مرض موته لأحد ورثته ولأجنبي بدين أو عين مشتركاً لم ينفذ في حق الأجنبي أيضاً، لوجود مانع النفاذ في حق الوارث[١].

٣ ـ ولو زعم الشخص أنه وكيل المالك المودع بقبض العين الوديعة، ولا بينة له على الوكالة، فأقرَّ الوديع له بالوكالة، لا يُلزم بدفع الوديعة إليه، وإن كان إقراره يقتضي إلزامه بالتسليم، لأنَّ حق المالك المودع في العين يقتضي عدم تسليمها لاحتمال إنكاره التوكيل، كما تقدَّم (ر: **ف ٤/ ٤ ثانياً**).

٤ ـ وقالوا في تزكية الشاهد[٢]: إذا وثَّقه بعض المزكين وجرحه بعض، (أي طعن في صدقه وعدالته)، يرجَّح جانب الجرح، فيردُّ القاضي شهادَته.

---

(١) ر: (ف ٨١/ ١٥). وهذا مبنيٌّ على الرأي المشهور في الاجتهاد الحنفي من عدم تجزؤ الإقرار. ولو قيل بالنفاذ في حِصَّة الأجنبي بناء على نظرية إمكان تجزؤ الإقرار لكان وجيهاً أيضاً.

(٢) اشترطت نصوص الشريعة من الكتاب والسنة لقبول الشهادة أن يكون الشاهد عدلاً، أي ثقة. ولما كثر التزوير أوجب الفقهاء أن يسأل القاضي عن الشاهد أهل المعرفة به، فإذا وثَّقوه قبل شهادته، وإلا ردها.
فهذا السؤال والتوثيق يسمى: **تزكية الشاهد**.

ملاحظة:

إنَّ هذه القاعدة مقيّدة بما إذا لم يكن المقتضي أعظم من المانع. فإن كان أعظم منه يرجح المقتضي، إذ قلما يخلو أمر من محذورٍ يكون عدمه أحسن لو أمكن.

وإنما العبرة في الأمر والنهي التشريعي لغلبة أحد الضدين: النفع أو الضرر، والخير أو الشر، على الآخر (ر: ف ٥/٥).

ولذا جاز للوسيط بين المتخاصمين أن يكذب للإصلاح بينهما.

وعلى هذا الأساس أيضاً بني في الشرع حكم الاضطرار، ووضعت فيه قاعدة أن «**الضرورات تبيح المحظورات**» كما سيأتي (ف ٨١/ ٣٢).

٨١/ ٢٨ ـ ي ـ «القديم يُترك على قدمه» (م/٦).

القديم في هذا المقام هو: **ما لا يوجد وقت التنازع فيه من أدرك مبدأه»**[1]. (ر: القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص/١٥٣).

والمراد بهذه القاعدة أنَّ ما كان في أيدي الناس أو تحت تصرفاتهم قديماً من أشياء ومنافع ومرافق مشروعة في أصلها يبقى لهم كما هو، ويعتبر قدمه دليلاً على أنه حق قائم بطريق مشروع.

وعلى هذا الأساس يقرر أبو يوسف في كتاب «الخراج» أنه: «**لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف**» كما تقدم (رف: ٨٠/ ١).

فلو كان لدار إنسان ميزاب على دار غيره، أو كان له مسيل أو بالوعة أو ممر في أرض غيره، أو تحميل لجذوع داره على جدار جاره من القديم، فأراد ذلك الغير إزالته فليس له ذلك، بل يحقُّ لصاحبه إبقاؤه ولو

---

(١) بخلاف العيب القديم الذي يظهر في المبيع ويجيز للمشتري فسخ البيع، فإنَّ المراد بقدم العيب هناك أن يكون موجوداً في المبيع وهو في يد البائع قبل تسليمه للمشتري، ولو أنه قد حدث بين العقد والقبض.

لم يعرف بأيٍّ وجه وضع، لأنَّ قِدَمه دليل مشروعية وضعه، كما لو كان موضوعاً في الأصل لقاء عوض، أو بطريق القسمة، ونحو ذلك من الأسباب المشروعة. فمنعه ضررٌ لصاحبه لا مسوِّغ له، إذ لو ساغَ ذلك لأدى إلى إهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهودها.

أما إذا أحدث الشخص شيئاً من ذلك في ملك غيره إحداثاً معروفاً مبدؤه، فإنه يكلف إثبات سببه ومسوِّغه الشرعي، أو يمنع.

وأما إذا كان الشيء القديم ليس من الأمور المشروعة في الأصل فإنه ضررٌ يزال ولا عبره لقدمه، وهذا موضوع القاعدة التالية:

٨١/٢٩ ـ ك ـ «الضرر لا يكون قديماً» (م/٧).

أي لا يحتج بتقادمه، وليس المراد عدم إمكان التقادم فيه.

هذه القاعدة قيد لسابقتها: أي إن المنافع والمرافق التي يحترم قدمها هي التي لا تكون ضرراً ممنوعاً من أصله شرعاً. فإذا كانت كذلك وجبت إزالتها ولا عبرة لقدمها.

ـ فلو كان لدار ميزاب أو مجرى أقذار على الطريق مضرٌّ بالجماعة يُزال مهما تقادم، لأنه غير مشروع في الأصل، إذ الشرع لا يُقِرُّ لأحد بوجه من الوجوه حقاً يضر بالعامة.

ـ وكذا لو كان لإنسان نافذة وطيئة تطل على مقر نساء جاره، فإنها تزال ولو كانت قديمة إلا أن تكون دار الجار هي المحدثة تحت المطل[1].

على أننا قد رأينا تحت القاعدة السابقة أنَّ الممر والمسيل والبالوعة وأمثالها في دار الغير أو أرضه يُحترم قدمها، ولو كان وجودها يقيِّد حرية تصرُّفه وذلك ضرر له.

---

(١) يلحظ في هذا المقام أنَّ القوانين العقارية النافذة لدينا منذ عهد الاحتلال الفرنسي قد جاءت بأحكام جديدة في النوافذ والمطلات لم تراع فيها هذه الاعتبارات الشرعية.

فما هو الضابط في التفريق بين ما يحترم قدمه وإن أضرَّ بالغير، وبين ما لا يحترم لأنه ضررٌ غير مشروع؟

لقد استنبط والدي الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله تعالى في شرحه لهاتين القاعدتين ضابطاً تؤيِّده تعليلات نصوص الفقهاء، خلاصته:

أن ما يمكن استحقاقه على الغير بأحد الأسباب المشروعة يُحترم قدمه؛ وإلا فلا.

فالممرُّ والمسيل مرتفق يمكن أن يستحق بالتعاقد أو القسمة في الملك المشترك وغير ذلك من الأسباب المشروعة. فيُحترم قدمه عند جهل سببه. وضرر الخصم منه في تقييد حريته يستحق عليه أمثاله بعقد المعاوضة وغيره، لأنَّ كل حق يكتسبه شخص على آخر هو منفعة لمكتسبه، ونوع ضرر خاص للآخر، ومع ذلك يستحق عليه بعقد المعاوضة وغيره، ويورث عن مستحقه.

ففي حالة القدم يمكن حمله على أنه في الأصل وُضع بأحد الطرق المشروعة.

أما إضرار جماعة الناس، وإزعاجهم في مرافقهم العامة، فإنه لا يمكن أن يستحق عليهم شرعاً بوجه من الوجوه.

وكذا الإطلال على مقرِّ نساء الغير، فإنه فسق لا يستحق، ولا يقرُّه الشارع.

ومثل ذلك ما لو كانت بالوعة الدار القديمة تنجس آبار الجيران، فإنَّ قدمها على هذه الصورة لا يحترم كما نصَّ عليه الفقهاء في هذا المقام (إذ لا يجوز شرعاً تنجيس المياه الطاهرة دون مصلحة، ولا يستحق ذلك على أحد). ولكن صاحبها يكلف إزالة ضررها بإصلاح مجراها على شكل يضبطها ويمنع تسرُّبها، فيبقى عندئذ مجرَّد مرورها من المنافع التي يمكن استحقاقها على الغير بوجه مشروع. فإن لم يمكن إصلاحها وضبطها، أو لم يفعله صاحبها تزال.

٨١/ ٣٠ ـ القاعدة الرابعة: «المشقة تجلب التيسير» (م/ ١٧).

لأنَّ في المشقات إحراجاً، والحرجُ ممنوع عن المكلَّف بنصوص الشريعة.

هذه القاعدة هي من القواعد الخمس الكبرى التي تقدم أنها تعتبر من أسس الشريعة في جميع المذاهب (ر: ف ٨٠/ ٣).

ومستندها قول الله تعالى في القرآن الكريم: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [٢/ ١٨٥].

وقوله تعالى أيضاً: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [٢٢/ ٧٨].

وكذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (ر: ف ١٠/ ٢ ب).

وأمثال ذلك من نصوص الشريعة التي تبيِّن سماحتها وسجاحتها.

والمراد بالمشقَّة المنفية بالنصوص، والداعية إلى التخفيف والترخيص بمقتضى القاعدة، إنما هي **المشقة المتجاوزة للحدود العادية**.

أما المشقَّة الطبيعية في **الحدود العادية** التي يستلزمها عادة أداءُ الواجبات والقيام بالمساعي التي تقتضيها الحياة الصالحة، فلا مانع منها بل لا يمكن انفكاك التكليفات المشروعة عنها، لأنَّ كل واجب لا يعرى عن مشقة: كمشقة العمل واكتساب المعيشة، والصلاة والصيام في حال الصحة، وبذل النفقات الواجبة، والجهاد لدفع غوائل الأعداء. فلكل من هذه التكاليف والواجبات نوع مشقة تستلزمها طبيعته وتختلف بحسبه درجتها. وهذا لا ينافي التكليف، ولا يوجب التخفيف، لأنَّ التخفيف فيه عندئذ إهمال وتفريط (ر: الموافقات للشاطبي ٢/ ١١٩ ـ ١٢٣)[1].

(١) للشاطبي رحمه الله بيان بديع وتفصيل رائع في هذا المقام من «الموافقات» ج ٢ ص / ١١٩ ـ ١٦٨ فلينظر.

ـ وعلى هذا الأساس جعل المرض والسفر رخصة في **الواجبات الدينية**، تسقط بعضها كصلاة الجمعة، وتؤخر بعضها كالصيام.

ـ وكذلك في **الحقوق المدنية**: فالتقادم (مرور الزمن) المانع من المطالبة بالحق يمتنع أو يتوقف بالمعاذير، كنقص الأهلية والسفر؛ وإلا كان إحراجاً لأصحاب الحقوق.

ـ والخطأ في الأفعال والتصرُّفات يبدِّل الأحكام العامة المقررة لها في حال العمد، لأنَّ في المؤاخذة على الخطأ كالعمد إحراجاً عظيماً للمكلَّفين:

ـ ففي الجنايات تخفف المؤاخذة على الخطأ إلى درجة دنيا تتناسب مع افتراض ترك الاحتياط فقط من قبل المخطىء.

ـ وفي الحقوق المدنية يبطل الغلط العقد تارة، ويسلب لزومه تارة أخرى، كما تقدم (ر: ف ٣٦/ ٥) والغلط في العقد نوع من الخطأ.

ـ والنسيان يعفي الشخص من المسؤولية عن ترك الواجبات الدينية، وإن كان لا تأثير له في الحقوق والقضاء.

ـ والإكراه يمنع إلزام المستكرَه بعقده، وإن كان إكراهاً مُلجِئاً فإنَّ الشرع يقيمُ به للمستكرَه عذراً فيما يقدم عليه من محظورات الأفعال التي يُستكرَه عليها.

ـ وجهل الوكيل بعزل موكله له تستمر معه وكالته وتنفذ عقوده دفعاً للحرج (ر: ف ٤٠/ ٦).

ـ والاضطرار يبيحُ المحرَّمات المضطر إليها مدة وجوده كما سنرى (ر: ف ٨١/ ٣٢).

ـ وقلَّة عدالة الشهود تسوِّغ قبول شهادة الأمثل فالأمثل، كما تقدَّم، (ر: ف ٧٧/ ٧).

ـ واعتبار عرف الناس في كثير من المواطن مبنيٌّ على هذه القاعدة،

مادام لا يُصادم أسس الشريعة، لأنَّ في عدم رعاية العرف، وعدم اعتبار سلطانه، حرجاً عظيماً على الناس كما تقدم (ر: ف ٧٢/٣).

يتضح من ذلك أنَّ المشقة، لكي تجلب التخفيف والتيسير، لا يجب أن تكون بالغة درجة الاضطرار الملجىء، بل يكفي أن تكون في درجة الحرج والعسر مما تتكون به حاجة ظاهرة إلى تدبير يعود بالأمر إلى السهولة واليسر، وعن هذا وضعت القاعدة القائلة **«الحاجة تنزل منزلة الضرورة»** كما سنرى في القواعد المتفرِّعة.

ما يتفرع عنها من القواعد:

٨١/ ٣١ ـ أ ـ «الأمر إذا ضاق اتَّسع» (م/١٨).

وكذلك **«إذا اتَّسع ضاق»** (ر: مرآة المجلة تحت هذه القاعدة).

ـ أي إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة، أو طَرَأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي المشروع للحالات العادية محرجاً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق، فإنه يخفف ويوسع عليهم حتى يسهل، ما دامت تلك الضرورة قائمة. فهذا معنى أنه: إذا ضاق الأمر اتَّسع.

ـ فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله. وهذا معنى أنه إذا اتَّسع الأمر ضاق.

وهذه القاعدة في معنى سابقتها، وما قيل في تلك يقال في هذه.

٨١/ ٣٢ ـ ب ـ «الضرورات تُبيح المحظورات» (م/ ٢١).

هذه القاعدة مستفادة من استثناء القرآن حالات الاضطرار الطارئة في ظروف استثنائية بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ﴾ بعد تعداده طائفة من المحرمات.

ـ فيجوز كشف الطبيب على عورات الأشخاص إذا توقَّفت عليها مداواتهم.

ـ ومن خشي الهلاك جوعاً أو عطشاً أو غَصَصاً في مكان ما، ولم يجد سوى الميتة، أو الخنزير، أو الخمر، أو مال شخص آخر غير مضطر مثله، جاز له، بل وجب عليه، أن يتناول منه لدفع الهلاك.

وعلى ذلك يقاس غيره.

والذي أراه أنه لا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور، بل يكفي أن يكون الامتناع مفضياً إلى وهن لا يحتمل، أو آفة صحية.

والميزان في ذلك أن يكون ما يترتَّب على الامتناع أعظم محذوراً من إتيان المحظور: فصيانةُ النفس عن الهلاك أعظم وأوجب من صيانة مال الغير واحترام حقه، أو من أكل الخنزير أو الميتة.

على أنَّ من المحظورات ما لا يباح بحال، وإن كان الاضطرار يخفف إثم بعضها، وهي عند فقهائنا ثلاثة: الكفر، والقتل، والزنى.

ـ فالتهديد ولو بالقتل لإكراه الشخص على الكفر لا يعذره في الكفر، ولكن يبيح له التظاهر به مع اطمئنان قلبه بالإيمان. على أنَّ الصبر على القتل دون هذا التظاهر أفضل له، لأنه أعظم لقوة الإسلام في نظر أعدائه.

ـ والتهديد ولو بالقتل لإكراه الشخص على قتل غيره لا يبيح له قتله وإن كان لو فعل لا قِصَاص عليه، بل على من أكرهه كما تقدَّم (ر: ف ٣٤/ ٥ الحاشية).

ـ وإكراه الرجل ولو بالقتل على الزنى لا يبيح له الإقدام شرعاً، وإن كان يُسقط عنه عقوبة الحد، لأن للزنى مفاسد ذات ذيول في الأسرة والمجتمع أعظم من موت شخص. (الدر المختار في الإكراه ٥/ ٨٥).

٨١/ ٣٣ ـ ج ـ «الضروراتُ تقدَّرُ بقدرها» (م/ ٢٢).

هذه القاعدة قيد لسابقتها. فلا يُباح بالضرورة محظور أعظم ضرراً من الصبر عليها، كما أنَّ الاضطرار إنما يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع

الخطر، ولا يجوز الاسترسال، ومتى زال الخطر عاد الحظر.

ـ فإذا احتيج لمداواة العورة يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج إلى كشفه فقط.

ـ وبالنسبة إلى المرأة لا يجوز أن يطلعَ على عورتها للتطبيب أو التوليد رجل إذا وجدت امرأة تُحسن ذلك، لأنَّ اطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً.

٨١/ ٣٤ ـ د ـ «الاضطرار لا يُبطل حق الغير» (م/ ٣٣).

وإنما يعدُّ الاضطرار معذرة تسقط الإثم وتعفي من عقوبة التجاوز على حق الغير، ولا ضرورة لإبطال الحق.

ـ فمن اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره فإنَّ عليه ضمان قيمته.

ـ أما من أُكره بملجىء على إتلاف مال الغير فإنَّ ضمان قيمة المال على من باشر الإكراه، لأنه أولى من الفاعل بتحمل التَّبعة.

٨١/ ٣٥ ـ هـ ـ «الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة» (م/ ٣٢).

الضرورة أشدُّ درجة ودافعاً من **الحاجة**: فالضرورة ما يترتَّب على عصيانها خطر، كما في الإكراه الملجىء، وخشية الهلاك جوعاً.

أما الحاجة فهي ما يترتَّب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة.

والمراد بكونها **عامة** أن يكون الاحتياج شاملاً جميع الأمة.

والمراد بكونها **خاصة** أن يكون الاحتياج لطائفة منهم كأهل بلد أو حرفة، نظير ما تقدم في معنى العرف العام والخاص. وليس المراد بخصوصها أن تكون فردية.

ومعنى القاعدة: أن التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على

حالات الضرورات الملجِئَة، بل حاجات الجماعة مما دون الضرورة توجب التسهيلات الاستثنائية أيضاً، كما يتضح من التفاريع التالية:

١ ـ فعلى هٰذا الأساس شُرعت بنصوص الشريعة الأصلية أحكام من قبيل الاستثناء من قواعدها العامة للاحتياج إليها. فقد ورد مثلاً في السنة أن النبي عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخَّص في السَّلَم» (ر: ف ٣/٧٢).

فترخيص الشريعة في السَّلَم، مع أنه بيع المعدوم الذي منعه النص العام، إنما هو نظر لحاجة كثير من الناس إلى بيع منتوجاتهم واستلاف أثمانها قبل إنتاجها للاستعانة على الإنتاج، ولذا اشترط فيه تعجيل الثمن.

٢ ـ وعلى هذا الأساس أيضاً جوَّز الفقهاء في الأحكام الاجتهادية بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدا بعضها وأمن العاهة، وإن كان معظمها معدوماً لم يبد بعد، نظراً للحاجة.

٣ ـ وجوزوا أيضاً نزول الحمَّام بأجر مع جهالة المدة التي سيمكثها الشخص، وجهالة مقدار الماء الذي سيستهلكه، نظراً للحاجة أيضاً.

٤ ـ وجوَّزوا بيع الوفاء استثناء من القواعد للحاجة أيضاً (ر: ف ٤٦/ ٨).

٥ ـ وجميع الأحكام التي قرَّر الفقهاء تبدلها لتغيُّر الزمان أو فساده إنما تُقرر أحكامها الجديدة وتتبدل تبعاً للحاجة.

٦ ـ واعتبار العرف عاماً كان أو خاصاً، وتحكيمه في الأحكام، إنما هو استجابة لداعي الحاجة، كما تقدَّم بيانه في نظرية العرف.

يتضح من ذلك ومن بقية الأمثلة التي يوردها الفقهاء عن الضرورة والحاجة أنهما يفترقان في الحكم من ناحيتين:

أ ـ أنَّ الضرورة تبيح المحظور سواءٌ أكان الاضطرار حاصلاً للفرد أم

للجماعة. بخلاف الحاجة، فإنها لا توجب التدابير الاستثنائية من الأحكام العامة إلا إذا كانت حاجة الجماعة. وذلك لأنَّ لكل فرد حاجات متجدِّدة ومختلفة عن غيره، ولا يمكن أن يقرر لكل فرد تشريع خاص به. بخلاف الضرورة فإنها حالةٌ نادرة وقاسرة.

ب ـ أنَّ الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو إباحة موقتة لمحظور ممنوع بنص الشريعة، تنتهي هذه الإباحة بزوال الاضطرار، وتتقيد بالشخص المضطر.

أما الأحكام التي تثبت بناء على الحاجة فهي لا تصادم نصاً، ولكنها تخالف القواعد والقياس، وهي تثبت بصورة عامة دائمة يستفيد منها المحتاج وغيره.

وبذلك تفترق الحاجة عن العرف الخاص أيضاً، لأنَّ الحكم الذي يثبت بالعرف الخاص يقتصر على أهل العرف فقط كما تقدم.

(من شرح والدي رحمه الله على القواعد بتصرف وإيضاح).

ويلاحظ على صياغة هذه القاعدة أن لفظ «الحاجة الخاصة» فيها يوهم لأول وهلة بأنها الحاجة الفردية، بينما المقصود كما بينا آنفاً هو حاجة طائفة من الناس، وليس جميع الناس.

يقول الشيخ العلامة العز بن عبد السلام في كتابه «قواعد الأحكام» (١٨٨/٢): «المصلحة العامة كالضرورة الخاصة...»[1].

فالأفضل في صياغة هذه القاعدة والحالة هذه أن تصاغ كما يلي:

«الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة» وتفسَّر الحاجة العامة حينئذ بأنها ما يشمل جميع الأمة أو طائفة منها، كأهل حرفة أو بلد مثلاً.

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي ٢٧٦/٢. عمان: مكتبة الأقصى، ١٣٩٥ هـ/ ١٩٧٥ م.

ومزيَّةُ هذه الصِّيغة المعدَّلة أنها تُبرز مبدأ رفع الحرج، وهو من السِّمات الرئيسية في الشريعة الإسلامية، من حيث هو الأساس في الأحكام الاستثنائية في حالة الضرورة الفردية، وهو نفسه الأساس هنا في باب الحاجة العامة.

٨١/ ٣٦ ـ القاعدة الخامسة: «العادة مُحَكَّمة»[1]/ م/ ٣٦).

المراد بالعادة في هذه القاعدة هو **العرف** بنوعيه: اللفظي والعملي. فهي تعبِّر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل.

وهذه القاعدة والقواعد الآتية المتفرِّعة عنها قد تقدَّم الاستشهاد بها والاستناد إليها في مناسبات عدة من نظرية العرف صالحة لأن تكون شرحاً لها، وتمثيلاً لتطبيقها، فلا حاجة لإعادة ذلك هنا. (ر: ف ٦٧/ ٩ و٦٩/ ١ ـ ٩).

ما يتفرع عنها من القواعد

٨١/ ٣٧ ـ أ ـ «استعمال الناس حُجة يجب العمل بها» (م/ ٣٧).

هذه القاعدة في معنى أصلها القائل: «العادة محكَّمة»، وهي مثلها تشمل العرف اللفظي والعملي، لأنَّ الاستعمال معناه هنا العادة والعرف مطلقاً.

٨١/ ٣٨ ـ ب ـ «إنما تعتبر العادة إذا اطَّردت أو غَلبت» (م/ ٤١).

٨١/ ٣٩ ـ جـ ـ «العبرة للغالب الشائع لا للنادر» (م/ ٤٢).

هاتان القاعدتان تعبران عن بعض شرائط اعتبار العرف التي تقدَّمت في بحث نظريته، وهي شريطة الاطِّراد أو الغلبة، وقد سبق إيضاحها هناك (ر: ف ٧٠/ ٢).

---

(١) محكَّمة: بتشديد الكاف المفتوحة، اسم مفعول من التحكيم.

٨١/ ٤٠ ـ د ـ «الحقيقة تُترك بدلالة العادة» (م/ ٤٠).

٨١/ ٤١ ـ هـ ـ «الكتاب كالخِطاب» (م/ ٦٩).

٨١/ ٤٢ ـ و ـ «الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان» (م/ ٧٠).

هذه القواعد الثلاث تضع أسس اعتبار العرف اللفظي في الكلام وما يقوم مقامه عرفاً أيضاً في التعبير من كتابة وإشارة.

وقد تقدَّم الاستشهاد بها في نظريتي العقود والعرف (ر: ف ٣٠/ ٦، ٨ ـ ٦٩/ ٣، ٥).

٨١/ ٤٣ ـ ز ـ «المعروف عُرفاً كالمشروط شَرْطاً» (م/ ٤٣).

٨١/ ٤٤ ـ ح ـ «التعيين بالعُرْف كالتعيين بالنص» (م/ ٤٥).

٨١/ ٤٥ ـ ط ـ «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم» (م/ ٤٤).

هذه القواعد الثلاث تعبِّر عن سلطان العرف العملي.

والقاعدة الثالثة منها تضعُ المبدأ المقرر في اعتبار العرف الخاص كعرف التجار، وأرباب الحِرف والصنائع، وأهل بلد معين، فإنَّ له سلطاناً حاكماً كالعرف العام، لكنه يقتصر على متعارفيه دون سواهم.

وقد تقدَّم أيضاً في نظرية العرف ما يشرح هذه القواعد (ر: ف٦٩/ ٦ ـ ٩).

٨١/ ٤٦ ـ ي ـ «لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان» (م/ ٣٩).

تقدَّم الكلام على هذه القاعدة مفصَّلاً آخر نظرية العرف (ر: ف/ ٥٣٩ ـ ٥٥٣).

٨١/ ٤٧ ـ القاعدة السادسة: «إعمال الكلام أوْلى مِنْ إهماله» (م/ ٦٠).

إعمال الكلام: إعطاؤه حكماً. وإهماله: عدم ترتيب ثمرة عملية عليه. ومعنى القاعدة أنَّ اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حمله على أحد المعاني الممكنة لا يترتَّب عليه حكم، وحمله على معنى آخر يترتب عليه حكم، فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد، لأنَّ خلافه إهمال وإلغاء، وإنَّ كلام العقلاء يُصان عن الإلغاء ما أمكن (ر: القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص/ ١٥٥).

ـ وعلى هذا: لو أقرَّ شخص بألفٍ عليه لآخر بموجب صك ولم يبيِّن منشأها، ثم أقرَّ ثانية في صك آخر بألف كذلك، يُطالب بالألفين ولا يقبل قوله إنهما واحد.

ـ ومثل ذلك لو أوصى بمائة في وجوه الخير، ثم أوصى بمائة كذلك تعتبر الوصية مائتين، ولا يقبل قول الورثة إنه أراد بالثانية عين الأولى.

ـ وكذا لو طلَّق زوجته بقوله: أنت طالق أنت طالق، تعتبر في **نظر القضاء** طلقتين، ولا تحمل الثانية على أنها تأكيد للأولى، مالم تقم قرينة على قصد التأكيد، لأنَّ الأصل في الكلام التأسيس لا التأكيد.

أما في **حكم الديانة** إذا كان ناوياً التأكيد فهما واحدة.

ومعنى التأسيس أن يفيد الكلام فائدة جديدة غير ما أفاده سابقه.

وقد تفرَّعت عن هذه القاعدة قواعد عدة ترسم كيفية إعمال الكلام الذي أوجبته هذه القاعدة، وتبيِّن الطرق الراجحة المعقولة فيه. وهي القواعد التالية:

ما يتفرَّع عنها من القواعد

٨١/ ٤٨ ـ أ ـ «الأصل في الكلام الحقيقة» (م/ ١٢).

«الحقيقة» هي المعنى الأصلي الذي وُضع له اللفظ.

ويقابلها **«المجاز»**، وهو كل معنى آخر لم يوضع له اللفظ، ولكن بينه

وبين المعنى الحقيقي علاقة تسوغ للمتكلم أن يقصده بذلك اللفظ اعتماداً على قرينة تدل على أنه قد أراده دون المعنى الحقيقي.

فلفظ «**المحكمة**» مثلاً حقيقة معناه هو مكان الحاكم. فإذا أريد به الحاكم نفسه، كما في قولنا: حكمت المحكمة، كان مجازاً.

ولفظ «**القتل**» حقيقة معناه إزهاق الروح. فإذا استعمل بمعنى الضرب الموجع كان مجازاً.

ومعنى القاعدة: أن إعمال كلام المتكلم، من شارع وعاقد وحالف وغيرهم، يجب فيه حمل ألفاظه على معانيها الحقيقية عند الخلوّ عن القرائن التي ترجح إرادة المجاز.

ـ فلو قال لآخر: وهبتك هذا الشيء، فأخذه المخاطب، ثم ادعى القائل أنه أراد بالهبة البيع مجازاً، وطلب ثمناً، لا يقبل قوله، لأنَّ الأصل في الكلام الحقيقة، وحقيقة الهبة تمليك بلا عوض.

بخلاف ما إذا قال له: وهبتكه بدينارين، فإنَّ ذكر الدينارين على سبيل العوضية قرينةٌ على أنه أراد بالهبة البيع مجازاً، فيُحمل عليه.

ـ وكذا لو وقف الواقف على «**أولاده**» دخل الأبناء مع البنات، لأنَّ لفظ «**الولد**» حقيقة فيهما.

ـ وكذا لو وقف على «أولاد أولاده» دخل في الوقف أولاد البنات.

ولو أوصى لأولاد فلان، وكان لفلان أولاد صلبيون وحَفَدة، انصرفت الوصيَّة إلى الأولاد الصلبيين ـ أي الطبقة الأولى من ذريته ـ لأنه المعنى الحقيقي للفظ «الأولاد».

٨١/ ٤٩ ـ ب ـ «إذا تعذَّرت الحقيقة يُصار إلى المجاز» (م/ ٦١)

لأن المجاز عندئذ يتعيَّن طريقاً لإعمال الكلام، واجتناب إهماله:

ـ فلو وقف على «أولاده» ولم يكن له حين الوقف إلا حَفَدة،

انصرف الوقف إليهم على سبيلِ المجاز، لأنَّ المعنى الحقيقي للفظ الأولاد ـ وهو الأولاد الصلبيون ـ متعذِّر، والحفيد يسمى ولداً، مجازاً، فيُصرف اللفظ إليه، وذلك خيرٌ من إهماله.

ـ ومثل تعذُّر الحقيقة تعسُّرها، كمن حَلَف ليأكلنّ من هذه الشجرة، فإن حقيقة الأكل منها هو أكل خشبها. وذلك عسير، فيكون قرينة على إرادة المجاز، وهو الأكل من ثمرها، فينصرف المعنى إليه. وهذا هو العرف اللفظي أيضاً في مثل هذه اليمين، كما تقدم في نظرية العرف.

٨١/ ٥٠ ـ ج ـ «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة» (م/ ٦٤).

الإطلاق والتقييد هما من صفات الألفاظ.

فاللفظ المطلق هو ما دلَّ على أمر مجرَّد عن القيود التي توجب فيه بعض الأوصاف أو الحدود. واللفظ المقيَّد هو الذي يكون محدَّداً بشيء من تلك القيود. فلفظ (فرس) مطلق. و (فرس بيضاء) مقيَّد بوصف البياض. ولفظ (مكان) مطلق. و(مكان الأكل) مقيد.

حالات الإطلاق:

فلو وكل شخص آخر بشراء (فرس) فاشتراها حمراء، فقال الموكِّل: إنما أردت بيضاء، يلزم بما اشتراها الوكيل، لأنَّ كلامه مطلق فيجري على إطلاقه.

ـ وكذا إذا وكله بشراء متاعٍ ما فاشتراه له بثمن المثل، فقال الموكِّل إنما أردت أن تشتريه من السوقَ الفلانية، أو بثمن أقل. فلا عبرة لقوله، وينفذ عليه الشراء، لأنَّ أمره للوكيل مطلق عن القيود، فيجري على إطلاقه.

ـ وعقد الإعارة المطلق يسوِّغ المستعير جميع وجوه الانتفاع بالحدود المعتادة، فلا يتقيَّد بمكان أو زمان أو طريقة مما ليس عليه دليل.

حالات التقييد:

أما إذا وجد ما يفيد تقييد المطلق من نص أو دلالة ببعض القيود فإنه يتقيَّد:

ـ **فالتقييد بالنص** كما لو قال الموكِّل لوكيله في البيع مثلاً: «بع بعشرين» فلا ينفذ بيعه بأقل.

وإذا حدَّد المعير للمستعير مدةً فإنه لا يملك الانتفاع بعدها.

ـ **والتقييد بالدلالة** كما لو وكل حَمَّال غيره بشراء حصان فاشترى له حصاناً أصيلاً من خيل السباق الثمينة، فإنه لا ينفذ عليه الشراء لأنَّ حالته تنبيء بأنَّ المراد حصان للتحميل، وإن كان اللفظ مطلقاً.

وكذا لو كلف شخصٌ غيره بشراء أُضحية فشَرَاها له بعد انقضاء العيد، أو وكله بشراء مدفأة فاشتراها له بعد انقضاء الشتاء، أو باستئجار دار فاستأجرها له بعد سنة مثلاً، فكل ذلك لا ينفذ على الآمر لقيام دلالة التقييد الزمني.

ودلالة العرف كدلالة الحال في التقييد عند أبي يوسف ومحمد. فلو وكَّل شخصٌ غيره ببيع شيء تقيد بثمن المثل وبالنقد، فلا يملك بيعه بأقل أو بالنسيئة، **نظراً للعرف**. وكذا لو وكله بإيجار داره لم يملك إيجارها مدةً طويلة لسنين.

وعند أبي حنيفة يملك ذلك **نظراً للإطلاق**. ورأي الصاحبين أوجه كما هو ظاهر.

واتفقوا على أنَّ وكيل الشراء يتقيَّد بثمن المثل، فلا ينفذ على الموكل شراؤه بأكثر منه.

٥١/٨١ ـ د ـ «ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله» (م/٦٣).

ـ فتطليق الرجل نصف امرأته أو ربعها مثلاً تطلق به كلها.

وتطليقه إياها نصف طلقة تقع به طلقة.

ـ وفي الكفالة بالنفس (ر: ف ٤٦/٥) إذا كفل الكفيل ربع الشخص كان كفيلاً بالشخص لعدم إمكان التجزئة.

بخلاف الكفالة بالمال، فلو كفل بجزء من الدَّين كربعه أو خمسه، أو كفل بمبلغ محدود منه لم يكن كفيلاً بأكثر، لأنه مما يتجزأ.

وكذا لو أبرأَ الدائنُ مدينَه عن جزء فقط من الدَّين برىء عن ذلك الجزء فقط.

الاستثناءات:

هذا، وقد استثنوا من هذه القاعدة مالو قال شخص لآخر: نصفي كفيل لك بدين فلان، فإنَّ الكفالة لا تنعقد.

٨١/ ٥٢ ـ هـ ـ «الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر» (م/ ٦٥).

تقدَّم الكلام على هذه القاعدة في نظرية العقود **(ف ٣٦/ ٥)**.

٨١/ ٥٣ ـ و ـ «السؤال معاد في الجواب» (م/ ٦٦).

أي إذا وَرَدَ جواب بإحدى الأدوات المجملة مثل **(نعم. وبلى)** بعد سؤال مفصَّل، يُعتبر الجواب مشتملاً على ما في السؤال من تفصيل، لأنَّ مدلولات هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها.

فإذا سُئِل: هل لفلان عليك كذا وكذا بسبب كذا، فأجاب: نعم؛ أو سئل: أليس له عليك كذا، فأجاب: بلى، كان مقرّاً بجميع ما وَرَد في السؤال، ولو لم يكرره.

٨١/ ٥٤ ـ ز ـ «إذا تعذَّر إعمال الكلام يهمل» (م/ ٦٢).

التعذُّر في إعمال الكلام هو أن لا يمكن حمله على معنى صحيح ولو مجازاً، فيكون لغواً، فيهمل.

والتعذر قد يكون حسياً أو شرعياً:

أ ـ **فالتعذُّر الحسّي** كما لو ادَّعى شخصٌ على غيره أنه قطع يده أو اعترف بأنه قطع يد غيره، واليد في الحالين قائمة مشهودة.

ومثل ذلك ما لو أقرَّ شخصٌ لمساويه سنّاً، أو لثابت النسب من غيره، أنه ابنه.

ب ـ وأما **التعذُّر الشرعي** فكما لو أَقَرَّ شخصٌ بأنَّ أخته ترث ضعفي حصته من تركة أبيه. فكل ذلك كلام مهمل غير ملزم.

بخلاف ما إذا اعترف لها أنها تستحق مقداراً من المال في التركة مساوياً لحصته أو أكثر منها ولم يعيِّن أنه من طريق الإرث، فإنَّ هذا الإقرار صحيح ملزم لأنَّ استحقاق الأخت ما أقرَّ لها أخوها به ممكن بأسباب كثيرة مشروعة، كما لو كانت قد أقرضت مورِّثها قبل موته مبلغاً من المال.

ـ ولو كفل شخصاً ولم يبيِّن أنها كفالة بالنفس أو بالمال لا تصح لاختلاف أحكامهما وعدم معرفة المقصود، فيتعذَّر التنفيذ (رد المحتار أوائل الكفالة).

٨١/ ٥٥ ـ القاعدة السابعة: «لا مسَاغَ للاجتهاد في مورد النص» (م/ ١٤).

النص: خطاب الشارع، وهو آيات القرآن والأحاديث النبوية الصحيحة، أي الثابتة.

ولكن المراد بالنص هنا ما يشمل الإجماع الثابت بالنقل الصحيح.

والاجتهاد: بذل الجهد العلمي في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها، وهو نوعان:

ـ اجتهاد الفقهاء في فهم النص التشريعي.

ـ واجتهادهم في قياس حكم لا نصَّ فيه على حكم منصوص عليه.

أ ـ **فأما الاجتهاد في فهم النص** فلا بد منه مع وجود النص لمعرفة

تطبيقه. ولكن محله إنما هو عند غموض النص واحتماله وجوهاً مختلفة في تفسيره وتطبيقه.

فإذا كان النصُّ صريحاً واضحاً في إفادة الحكم الذي ورَدَ لأجله بصورة لا تحتمل التأويل لم يجز تأويله بما يُخرجه عن ظاهره، أو لا يحتمله.

فمثلاً قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «**البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر**» صريح واضح في قَبول البيِّنة من المدعي لأجل الإثبات. فلا يسوغ لأحد أن يجتهد في فهمه بعكس هذا التوزيع، فيقبل البينة من المدعى عليه، ولا يقبلها من المدعي، أو يجعل الخيار للحاكم في تكليف من يشاؤه من الخصمين المتقاضيين بالبينة أو اليمين، ومنع الآخر منها.

أما قبول بيِّنةٍ معاكسة من المُدَّعى عليه للترجيح بينها وبين بيِّنة المدعي فإنه لا ينافي هذا النص، لأنَّ هذا التدبير لا يمنع المدعي من الإثبات الذي منحه إياه النص، وإنما هو وسيلة لتمحيص البيِّنات والقضاء بالأقوى.

ب ـ **وأما الاجتهاد عن طريق القياس،** فلا يجوز الالتجاء إليه مع وجود نص ثابت في الحكم المطلوب معرفته، لأنَّ محل القياس إنما هو عند عدم النص.

على أنه قد يوجد حديث نبويٌّ مرويٌّ في موضوع فيراه بعض الفقهاء صحيحاً (أي رواته كلهم ثقات يعتمد على روايتهم) فيأخذ به ويترك القياس المخالف له، بينما لا يراه غيره بالغاً درجة الصحة، فيتركه ويلجأ إلى القياس.

يستخلص من ذلك أنَّ الاجتهادَ الممنوع في مورد النص هو ما كان مصادماً لنص ثابت وواضح في المعنى الذي ورد فيه وضوحاً لا يحتمل التأويل[١].

---

(١) وهو ما يسمى في علم أصول الفقه: **قطعي الثبوت والدلالة**.

وهذا مبدأ مقرَّر في النظر القانوني أيضاً، فلا مَجَالَ للقضاة أن يجتهدوا في أحكامهم مع وجود نص قانوني صريح بخلاف اجتهادهم، لأنَّ مهمة القاضي التطبيق لا التشريع.

٨١/ ٥٦ ـ القاعدة الثامنة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» (م/ ١٦).

فمن اجتهد في حكم حادثة فأفتى بها أو قضى، ثم وقعت أخرى نظيرها فتبدل فيها اجتهاده إلى حكم مخالف، لا تنقض فتواه أو قضاؤه السابقان، وإنما يعمل باجتهاده الجديد في الحادثة الجديدة، إذ لو سَاغَ نقض العمل بالفتاوى والأحكام الاجتهادية كلَّما تبدَّل اجتهاد المجتهد لما استقرَّ حكم في حادثة، لأنَّ الاجتهاد عُرْضَةٌ للتبدل دائماً بتبدل وجهات النظر في الدليل.

وقد اشتهر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في حادثة بحكم، ثم رفع إليه نظيرها فتبدَّل اجتهاده، وقضى فيها بخلاف قضائه الأول، فقيل له في ذلك فأجاب: **«تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي»**. وقد جرت كلمته هذه مجرى الأمثال (ر: حاشية الحموي على «الأشباه» لابن نجيم تحت هذه القاعدة ١/ ١٤١).

وهذا مبدأ قانوني مقرَّرٌ أيضاً؛ فإن محاكم النقض العليا، التي يعود إليها النقض والإبرام، إذا تبدَّل اجتهادها القضائي في حادثة أو في فهم مادة قانونية لا يسري ذلك على ما مضى؛ فلا ينقض ما قد بُتَّ فيه من قضايا، وإنما يعمل باجتهادها الجديد في القضايا الجديدة.

وكما لا ينقض اجتهاد المجتهد بتبدل اجتهاده نفسه لا ينقض باجتهاد مجتهد غيره، بل على كل مجتهد أن يحترم اجتهاد سواه، لعدم المرجِّح بعد تحقق رتبة الاجتهاد فيهما.

٨١/ ٥٧ ـ القاعدة التاسعة: «ما ثَبَتَ على خلاف القياس لا يقاس عليه»، أو: «ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس» (م/ ١٥).

رأينا في مناسبات عدة أنَّ كثيراً من الأحكام تقرره الشريعة على خلاف القياس، أي تعطيه حكماً استثنائياً على خلاف مقتضى القواعد العامة السَّارية على أمثاله، لوجود اعتبارات تشريعية خاصة به.

فالوصيَّة مثلاً تمليك مضاف لحالة ما بعد الموت، وهي الحالة التي تنقطع فيها حقوق الشخص في أمواله، وتتعلَّق بها حقوق ورثته. فالوصية ثابتة على خلاف القياس، لأنَّ الشارع أراد أن يفتح بها للشخص باباً يتدارك به ما فاته من أعمال البر والإحسان التي قد تشحُّ بها نفسه حال الحياة خشيةً من الاحتياج.

فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرُّفات إلى ما بعد الموت كالهبة والإعارة، والبيع والإجارة مثلاً؛ بأن يعقدها الشخص في حياته عقداً مضافاً إلى ما بعد الموت.

أما لو أوصى بأن يباع بعد موته شيء معيّن من تركته لفلان بنصف قيمته مثلاً، أو أن يعار له، فهذا سائغٌ لأنه وصية بالبيع أو الإعارة، لا عقد حاضر مضاف الأثر إلى ما بعد الموت.

ملاحظة:

ويجب أن يلحظ أن ما ثبت على خلاف القياس يمكن أن يقاس عليه في العلة التي خالف فيها القياس، كدفع الحرج، وسد الذرائع حيثما دعت الحاجة إليهما.

هذا، وقد قالوا: إنَّ أحكام الوقف تستقى بطريق القياس من أحكام الوصية، فتقاس مثلاً مسؤولية متولي الوقف على مسؤولية الأوصياء في تنفيذ الوصية.

٨١/ ٥٨ ـ القاعدة العاشرة: «إذا زال المانع عاد الممنوع» (م/ ٢٤).

تقدم أول نظرية العقود في البحث عن **المانع** شرح هذه القاعدة (ر: ف ٢٨/ ٧).

ما يتفرَّع عنها من القواعد

٨١/ ٥٩ ـ «ما جاز لعذر بطل بزواله» (م/ ٢٣).

ـ **ففي أمور الديانة**: إذا زال المرض المسوِّغ للإفطار خلال رمضان وجب الصيام فيما بقي.

وإذا زال الاضطرار المبيح للمحظور ارتفعت الإباحة. وهكذا. . .

ـ **وفي الأمور القضائية**: إذا شبَّ حريق في دار؛ فأخرج صاحبها ما عنده من ودائع وسلمها لبعض الجيران، فهو معذور في ذلك، ولا يضمنها إن تلفت، فإذا انتهى الحريق فتركها عندهم فهلكت كان مقصِّراً، فيضمنها لزوال عذره الذي سَوَّغ وضعها لديهم.

٨١/ ٦٠ ـ القاعدة الحادية عشرة: «ما حَرُم أخذه حرم إعطاؤه» (م/ ٣٤).

وذلك لأنَّ الإعطاء عندئذ إعانةٌ وتشجيع على أخذ المحرم، فيكون المعطي شريك الآخذ في الإثم.

وعلى هذا لا يجوز إعطاء الرِّشوة، والربا، والأجرة على النياحة، وعلى سائر الأعمال الفسقية، كما لا يجوز أخذ ذلك.

الاستثناءات:

ويستثنى من هذه القاعدة ما يُدفع للأشرار والهجَّائين للتخلُّص من أذاهم ولسانهم عند فقدان السلطان الوازع، وما يدفعه المستقرض بالربا في **حالة الاضطرار** إلى الاستقراض، وما يدفعه الوصيُّ من بعض مال اليتيم إلى غاصِبِه لتخليص الباقي إذا لم يمكن تخليصه دون ذلك.

ففي جميع ذلك وأمثاله تكون الحرمة فيه على الآخذ دون المعطي.

ما يتفرَّع عنها من القواعد

٨١/ ٦١ ـ «ما حَرُم فعله حَرُم طلبه» (م/ ٣٥).

لأنَّ السكوتَ على المحرَّم غير جائز شرعاً، بل يجب إنكاره وتغييره. فطلبه محرم كذلك بحكم الأولوية.

الاستثناءات:

فتكليف الشخص غيره بفعل جريمة مثلاً يستحق به نصيباً من العقوبة.

يستثنى من القاعدة جواز طلب المدعي تحليف خصمه اليمين مع علمه بكذبه فيها.

٨١/ ٦٢ ـ القاعدة الثانية عشرة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عُوقب بحرمانه» (م/ ٩٩).

هذه القاعدة من باب السياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع.

ـ مثال ذلك أنَّ الإرث والوصية وقتهما الشرعي بعد موت المورِّث والموصي. فلو قَتَل شخصٌ مورِّثه أو الموصي له بلا مسوِّغ شرعي يحرم بذلك من الإرث أو الوصية.

ـ وكذلك لو طلَّق الرجل زوجتَه طلاقاً بائناً في مرض موته ومات خلال عدتها ترثُ منه في الاجتهاد الحنفي، لدلالة مرض الموت على قصده حرمانها من الإرث، فيرد قصده عليه. وهذا يسمى: **طلاق الفرار**، لأنَّ قصد فاعله التهرب به من إرث امرأته.

وهذا الحكم هو من صور منع **«التعسُّف في استعمال الحق»** في الفقه الإسلامي (ر: ف ٥/ ٧ الحاشية و ٥/ ٢٧).

وقد نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أفتى في المرأة التي يطلقها زوجها فتتزوج غيره قبل انقضاء عدتها بأنها تحرم على هذا الزوج الثاني إن دخل بها حرمة مؤبّدة، معاملة لها بنقيض مقصودها بمقتضى السياسة الشرعية في المصالح المرسلة (ر: تاريخ الفقه الإسلامي، من وضع كلية الشريعة في الأزهر ص/ ٤٧).

هذا، وإن لنا ملاحظة على صياغة هذه القاعدة، واقتراح صياغة جديدة لها في ملحق هذا الفصل، فلتنظر فيه.

٨١/ ٦٣ ـ القاعدة الثالثة عشرة: «من سَعَى في نقض ما تمَّ من جهته فسعيُه مردودٌ عليه» (م/ ١٠٠).

ـ وعلى هذا: لا يصحُّ من المقِرِّ أن يرجع عن إقراره السابق بحجة الخطأ فيه.

ـ ولو تقاسم الورثة التركة، ثم ادَّعى أحدهم أنها مُلكه وأراد نقض القسمة لا تسمع دعواه (المجلة/١٦٥٦) لأن إقدامه على المقاسمة هو إقرار ضمني بحقوق من قاسمهم فيها.

ـ ولو باع شيئاً أو اشترى، ثم ادعى أنه كان فضولياً عن شخص آخر ولم يقبل بعقده لا يسمع منه هذا الادعاء.

ـ وكذلك لو كفل شخص بالدَرَك[1] لمشتري العقار، ثم جاء يطلب أخذه بالشُّفعة، أو يدعي ملكيته، لا يقبل منه.

الاستثناءات:

يستثنى من هذه القاعدة ما له مساس بحق قاصر أو وقف أو بحقوق الجماعة.

ـ فالغبن الفاحش مثلاً في بيع مال القاصر، أو إيجار عقار الوقف لا ينفذ.

فلو باع الأب أو الوصي مال القاصر، أو آجر المتولي عقار الوقف، ثم ادعوا وقوع غبن فاحش فيه تسمع الدعوى منهم.

ـ وكذا إذا اشترى شخص أرضاً ثم ادعى أنَّ بائعها كان وقفها مسجداً

(١) تقدم معنى الكفالة بالدَرَك، أو ضمان الدرك، فلينظر ٥/٤٦.

أو مقبرة تُسمع دعواه. كل ذلك صيانة لحقوق القاصرين والجماعة. وإذا ثبت ذلك ينقض العقد. (من شرح والدي رحمه الله على القواعد).

٨١/ ٦٤ ـ القاعدة الرابعة عشرة: «البقاء أسهل من الابتداء» (م/ ٥٦).

كما أنَّ الدفع أسهل من الرفع.

وعلى هذا يمكن أن يغتفر اختلال بعض شرائط العقود في حال استمرارها بعد وجودها، ولا يُغتفر ذلك في حال انعقادها.

ويتجلى ذلك في أمثلة القاعدة التالية المتفرّعة عنها:

ما يتفرَّع عنها من القواعد

٨١/ ٦٥ ـ «يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء» (م/ ٥٥).

وذلك لأنَّ البقاء أسهل، كما أفادته القاعدة السابقة:

ـ ومن أمثلتها ما تقدم من أنَّ عقد الإجارة يشترط لصحته أن يكون المأجور متميزاً لا حصة شائعة. وكذلك الهِبَة فيما يحتمل القسمة.

ولكن الفقهاء اغتفروا الشيوعَ الطارىء فيهما دون المقارن: (ر: ف ٩/٢٥ ـ ١٠)، وقواعد الحمزاوي ص/ ٢٠٥) لأنَّ الطارىء يكون في حالة بقاء العقد دون ابتدائه.

ـ وكذلك لو كان لمجموعة أشياء ثمن مجمل، فاشترى شخص أحدها بحصته من ثمنها لم يصح لجهالة ثمنه عند العقد، وهذا يسمى: **البيع بالحصة**.

ولكن لو اشتراها كلها ثم استحق من يده بعضها، فله أن يرجع على البائع بثمن ما استحق، ويبقى البيع في الباقي بحصته من الثمن. (انظر في معنى الاستحقاق ف ٣٧/ ٢).

٨١/ ٦٦ القاعدة الخامسة عشرة: «التابع تابع» (م/ ٤٧).

أي إنَّ التابع لغيره في الوجود يتبعه في الحكم، فيسري عليه ما يسري على متبوعه. والتابع هو ما كان جزءاً من غيره، أو كالجزء في الاتصال الخلقي، كالعضو من الحيوان، والجنين في بطن أمه، والصوف على الغنم، واللبن في الضَّرع؛ أو كان من ضرورات الشيء كالمفتاح من القفل.

ـ فلو بيعت شاة دخل في البيع صوفها فليس للبائع جزه. ولو بيعت بقرة حامل دخل جنينها، أو قفل دخل مفتاحه، ولو لم يصرح بذلك في العقد.

ـ ولو أقرَّ شخص لآخر بملكية سيف متنازَع عليه دخل في الإقرار قِرابه وحمائله.

ـ وزوائد الرهن، كولد الدابة المرهونة، تبقى في يد المرتهن تبعاً لأصلها.

ما يتفرَّع عنها من قواعد

٨١/ ٦٧ ـ أ ـ «من مَلَك شيئاً ملك ما هو من ضروراته» (م/ ٤٩).

ـ وعلى هذا قرر الفقهاء:

ـ أنَّ ملك الأرض يستتبع ملك ما فوقها وما تحتها: فيبني صاحبها الطباق، ويحفر في الأعماق إلى ما يشاء علواً وسفلاً[1].

ـ وأنَّ من يشتري داراً واقعة في سكة غير نافذة مشتركة بين عدة دور يملك بحكم التبعية حصَّة الدار من الطريق في هذه السكة ولو لم ينص عليها في العقد.

---

(١) هذا لا ينافي شرعاً تقييد ارتفاع الأبنية في المدن اليوم وفقاً لأنظمة البلديات، وفاقاً لقاعدة المصالح المرسلة.

ولا يقتصر حكم هذه القاعدة على ملك العين، بل يشمل ملك التصرُّف أيضاً.

ـ فلو عرض الدّلال ما كلف بيعه على ربِّ دكان، وتركه عنده فهَرَب هذا به، لم يضمن الدلّال، لأنَّ تركه عنده من ضرورات هذا البيع، فيسوغ للدّلّال ولا يكون به مقصِّراً.

(من شرح والدي رحمه الله على القواعد، نقلاً عن الفصل /٣٣/ من جامع الفصولين).

٦٨/٨١ ـ ب ـ «التابع لا يفرد بالحكم» (م/٤٨).

هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع لأنَّ صيغتها فيما يظهر أعم من موضوعها، ولذا يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة.

أ ـ فالمراد بها فيما اعتقد: أنَّ التابع الذي هو من قبيل **الجزء أو كالجزء** من غيره لا يصلح أن يكون **محلاً في العقود**، أي معقوداً عليه بخصوصه:

ـ فبيع عضو من الغنمة وهي حَيَّة باطل ولو ذبحت بعد ذلك وأمكن فصله.

ـ وبيع جنين الدابة الحامل دون أمه باطل. واستثناؤه من بيع أمه يُعتبر شرطاً مفسداً للبيع.

ـ وكذا شأن اللبن في الضَّرع والصوف على ظهر الغنم.

ب ـ أما فيما وراء هذا النطاق فالتابع يمكن أن يُفرد بالأحكام كما في حالة التعدي:

ـ فإذا ولدت الدابة المغصوبة لا يعتبر ولدها مغصوباً لأنَّ الغاصب ما أزال عنه يد مالك، وإنما حَصَل في يده حصولاً (ر: ف ٩/٢٣) وكذا لو هلك بلا تعدٍ منه أو تقصير لا يضمنه، ولكن لو **أتلفه** هو يضمنه.

وكذا لو ضرب بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً يضمن الضارب ديته التي تسمى «غُرّة» ولو كان تابعاً لأمه.

ـ وكذلك أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها حقوقاً أربعة، منها: إرثه من مورِّثه، والوصيَّة له بشرط أن يولد حياً كما تقدم في نظرية الأهليات (ر: ف ٦٠/ ٤).

ـ ويجوز بيعُ المفتاح دون قفله، والرَّسن دون دابته، وإن كانا كلاهما «تابعين» يدخلان في بيع القفل والدابة معاً تبعاً دون ذكر في العقد، لأنَّ هذه القاعدة كما استظهرنا هي خاصة بما كان من التوابع جزءاً أو كالجزء، فعندئذ لا يصلح مستقلاً في التعاقد.

وبهذا الفهم في هذه القاعدة يزول الاضطراب من طريق تطبيقها كما يزول استثناء كثير من مستثنياتها فتصبح منطبقة عليها.

٨١/ ٦٩ ـ ج ـ «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها» (م/ ٥٤).

أي إنَّ الشرائط الشرعية المطلوبة في محل التصرُّفات يجب توافرها جميعاً في المحل الأصلي، ويتساهل بها في توابعه.

ـ ففي الوقف مثلاً يُشترط أن يكون الموقوف مالاً ثابتاً، أي عقاراً، فلا يصح وقف المنقولات، إلا ما تعورف كوقف الكتب وأدوات الجنازة (ر: ف ٦٧/ ٥).

لكن لو وقف عقاراً كقرية أو دار بما فيه من منقولات صحَّ الوقف في هذه المنقولات أيضاً تبعاً للعقار.

٨١/ ٧٠ ـ د ـ «إذا سَقَطَ الأصلُ سقَطَ الفَرع» (م/ ٥٠).

ولا عكس، أي لا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل:

ـ فلو أبرأ الدائن المدين برىء كفيله أيضاً وسقط رهنه إن كان الدَّين موثَّقاً بكفيل أو رهن.

بخلاف ما لو أبرأ الدائن الكفيل أو ردَّ الرهن، فإن دين المدين لا يسقط.

٨١/ ٧١ ـ هـ ـ «قد يثبت الفرع دون الأصل» (م/ ٨١).

صيغة هذه القاعدة في المجلة: «قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل».

هذه القاعدة تبدو غريبة غير معقولة في بادىء الرأي، لأنها تنافي السنن الطبيعية. ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل.

ولكن الأمور الحقوقية الاعتبارية تؤثِّر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية. فهذه القاعدة تُعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء، ولا تبحث عن نشوئها في الواقع.

فوجود الفَرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرَّع عنه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص قد تفقد وسائله المثبتة في حق الأصل، وتتوافر في حق الفرع.

مثال ذلك: لو ادعى شخص على اثنين أنَّ أحدهما استقرض منه مبلغاً وأن الثاني قد كفله، فاعترف الكفيل، وأنكر الآخر: وعجز المدعي عن إثبات القرض عليه، يؤخذ المبلغ من الكفيل، لأن المرء مؤاخذٌ بإقراره كما سيأتي. وليس هذا حكماً بأنه قد نشأت كفالة دون مدين مكفول، ولكن يد القضاء لا تمتد على شخص إلا بدليل مثبت، ولا دليل هنا إلا إقرار الكفيل، والإقرار حجة قاصرة، فيسري على صاحبه ولا يسري على غيره كما سنرى.

ـ وكذا لو أقرَّ أحدٌ لشخص مجهول النسب أنه أخوه. فهذا الإقرار يمسُّ حقوق الأب لأن فيه تحميلاً للنسب على الأب، فإنَّ كونه أخاً للمقر هو فرع عن بنوته لأبيه فيحتاج إلى تصديق الأب. فإذا أنكر الأب بنوته ولم يمكن إثباتها بالبيِّنة، لا تثبت بنوته للأب، ولكن يؤاخذ المقر بإقراره أنه

أخوه، فيقاسم ذلك الشخص حصته من ميراث الأب.

٨١/ ٧٢ ـ و ـ «إذا بطَلَ الشيء بَطَل ما في ضمنه» (م/ ٥٢).

ومثله قولهم: «إذا بَطَل المتضمِّن بَطَلَ المُتَضمَّن» (بصيغة الفاعل في الأول، وصيغة المفعول في الثاني).

ـ فإذا بَطَل عقدٌ بطل ما تضمَّنه من شروط والتزامات، لأنها تبع له.،

ـ وإذا صالَحَ أحدٌ خصمَه المدعي على بدل، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له تجاهه حق، بطل الصلح فيبطل ما تضمنه من تمليك البدل، فيحق للمُصَالِح استرداده.

وكما يبطل مضمون العقد ببطلانه يبطل أيضاً ما يبنى عليه.

ـ فلو تبايعا وتمَّ التقابض في المبيع والثمن، فأبْرأ كل منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا البيع، ثم استحق المبيع من يد المشتري[1]، فإنه يرجع بالثمن على البائع، لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بَطَل الإبراء المبني عليه.

وعلى هذا يجب أن يقال في نص القاعدة: «**بطل ما في ضمنه وما بني عليه**».

الاستثناءات:

ولهذه القاعدة مستثنيات، منها: ما لو صالح الشفيع عن حق شُفعته في العقار المبيع لقاءَ عوض لم يصح الصلح، وسقطت شفعته بلا عوض، لأنَّ حق الشفعة قد شرع ليمارس بالفعل دفعاً لسوء الجوار، لا ليستغل استغلالاً.

فقد بطل الصلح هنا ولم يبطل ما في ضمنه من إسقاط الشفعة، لأنَّ

---

(١) انظر في معنى الاستحقاق ما تقدم (ف ٣٧/ ٢).

رضاه بسقوط شفعته لقاء بدل هو دليل على عدم سوء الجوار في نظره.

٨١/ ٧٣ ـ القاعدة السادسة عشرة: «إذا تعذَّر الأصل يُصار إلى البدل» (م/ ٥٣).

ـ فيجب ردُّ عين المغصوب ما دامت قائمة. فإذا هَلَكَ يرد بدله من مثل أو قيمة.

ـ وإذا تعذر ردُّ المبيع المعيب لمانع شرعي، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المشتري، ثم ظهر فيه عيب قديم، فللمشتري أن يسترد من البائع فرق نقصان العيب.

وطريقة تحديد هذا الفرق تكون بتقويم المبيع سليماً ومعيباً، فما ينقصه العيب من قيمة السليم ينقص بنسبته من الثمن: فلو كان الثمن المتفق عليه في العقد خمسين، ثم قدرت قيمة المبيع سليماً بمائة، ومعيباً بخمسين، كان فرق العيب خمسين في المائة من القيمة، أي نصفها. فيسترد نصف الثمن، أي خمس وعشرون.

٨١/ ٧٤ ـ القاعدة السابعة عشرة: «الساقط لا يعود» (م/ ٥١).

أي أن ما يسقط من الحقوق بسبب مسقط يصبح بسقوطه معدوماً فلا يعود، كما لا يعود المعدوم.

فلو أبرأ الدائنُ مدينَهُ سَقَط الدَّين، فلا تمكن استعادته إذا ندم الدائن.

ـ ولو سَلَّم البائعُ المبيعَ للمشتري قبل قبض الثمن سقط حقه في احتباس المبيع لأجل استيفاء الثمن، فلا يعود له حق استرداد المبيع لأجل احتباسه بعد ذلك، وإنما له ملاحقة المشتري بالثمن كما تقدم (ر: ف ٥١/ ٥ و ٨١/ ١٢).

ـ وكذا حق الارتفاق بالمرور أو المسيل لعقار في أرض الغير أو داره: لو أسقطه صاحب العقار المرتفق سقط وليس له الرجوع فيه.

تنبيه هام:

هناك حقوق لا تسقط بالإسقاط، فإذا أسقطها صاحبها وتركها كان له أن يطالب بها بعد ذلك، لا لأنها تعود بعد السقوط، بل لأنها **لم تسقط**، فلا تنافي هذه القاعدة، ولا تعتبر مستثناة منها، لأنها لا تدخل تحتها.

ـ فمن ذلك ملكية الأعيان: فقد قدمنا في بحث خصائص الملكية أنها لا تسقط بالإسقاط؛ وإنما تنتقل بالأسباب الناقلة (ر: ف ٦/٢٥).

ـ ومن ذلك حق الموقوف عليه في غلة الوقف: فلو أسقطه وتركه مدة دون مدة التقادم، فله أن يعود إلى طلبه، لأنه لم يسقط (ر: قواعد الحمزاوي ص/٢٢٩).

هذا، ولم يضع فقهاؤنا ضابطاً لما يسقط ومالا يسقط من الحقوق بالإسقاط.

ولكن والدي رحمه الله في شرحه لهذه القاعدة قد استنبط ضابطاً فقهياً لتمييز ما يسقط من الحقوق بالإسقاط وما لا يسقط في الاجتهاد الحنفي، استمده من تعليلات الفقهاء عندما يعللون السقوط وعدمه. فجاء جامعاً مانعاً تنطبق عليه جميع أنواع الحقوق التي تسقط والتي لا تسقط.

وخلاصة الضابط أنَّ الحق الذي يسقط بالإسقاط هو ما توافرت فيه صفات أربع:

١ ـ أن يكون الحق قائماً حين الإسقاط. فلا يصح الإبراء عن دين مثلاً قبل نشوئه.

٢ ـ أن يكون غير متعلق بتملك عين كما أسلفنا.

٣ ـ أن تكون مصلحة صاحبه فيه خالصة أو غالبة.

فحق متولي الوقف ووصي اليتيم في التصرف بإدارة الوقف وأموال اليتيم لا يسقط بالإسقاط، لأنهما لا يعملان لأنفسهما.

وعقوبات الحدود لا تسقط بإسقاط المجنيِّ عليه أو وليِّ الأمر، لأنها حق الله الذي يسمى: **الحق العام**.

بخلاف القصاص فإنه يسقط بالإسقاط، لأنَّ حق الشخص فيه هو الغالب (أي حقه في نوع العقوبة، أما أصل العقوبة فهي حق عام يمارسه السلطان لمصلحة الجماعة. فلا يسقط بإسقاط المجني عليه أو وليه). فبتنازل صاحب حق القصاص عن حقه تنتقل عقوبة الجاني إلى التعزير كما تقدم في نظرية المؤيدات (ر: ف ٤٩/١٥).

٤ ـ أن لا يترتب على إسقاط الحق نتيجة غير مشروعة.

فلو باع شخص شيئاً كان قد آجره أو رهنه قبل البيع، فللمشتري الخيار في أن يفسخ البيع ويسترد الثمن، أو ينتظر انقضاء مدة الإجارة أو فكاك الرهن ليتسلم المبيع. فلو أسقط حقه في هذا الخيار لا يسقط على الراجح من الآراء (ر: رد المحتار باب التصرف في الرهن) وذلك لأنه لو سقط خياره لبقي حقه في تسلم المبيع معلقاً، وذلك ضرر محض غير مشروع. فمن المبادىء الشرعية أن الإنسان لا يجبر على تحمل الضرر المحض الذي لا يقتضيه العقد ولو رضي به (ر: الدرر باب البيع الفاسد ٢/ ١٧٠)[1].

---

(١) الذي أرى أنَّ التعليل بالنتيجة غير المشروعة إنما ينطبق على حالة المبيع المرهون لا المأجور.

أ ـ ففي الرهن قد يباع المرهون قضائياً لاستيفاء الدين، فإذا صحَّ إسقاط المشتري السابق حقه في الفسخ يصبح حقه في تسلم المبيع حقاً احتمالياً محضاً، وهذا غرر فاحش غير مشروع.

ب ـ أما الإجارة فإنَّ لها مدة محددة تنتهي فيها فلا غرر. فالتعليل الصحيح عندي لعدم صحة إسقاط المشتري حقه في فسخ شرائه إذا تبين أن المبيع مأجور هو أن الإجارة عند فقهائنا من العقود الزمنية، أي المستمرة (ر: ف ٤٧/ ١٤) ويصرحون بأنها بمثابة عقود متجددة آناً فآناً. فإذا أسقط المشتري حقه في فسخ الشراء تجدَّد له حق جديد في الفسخ بالتجدد المفترض في عقد الإجارة.

٨١/ ٧٥ ـ «القاعدة الثامنة عشرة»: «لا يتم التبرع إلا بالقبض».

فالهبة وسائر العقود العينية الأخرى، كالإعارة والإيداع، يعتبر تسليم العين فيها عنصراً متمماً لانعقاد العقد، لا مجرد تنفيذ له. وقد تقدم إيضاح ذلك في مناسبته من نظرية العقود (ر: ف ٣٠/ ١٣).

٨١/ ٧٦ ـ القاعدة التاسعة عشرة: «تبدل سبب الملك كتبدل الذات» (م/ ٩٨).

هذه القاعدة صيغتها في المجلة هكذا: «تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات». أي كتبدل الشيء المملوك. وعلى هذا فَرَّع الفقهاء:

ـ أنَّ المشتري إذا باع المبيع، ثم اشتراه ثانيةً من مشتريه، ثم ظهر فيه عيبٌ قديم كان موجوداً فيه عند بائعه الأول، فليس له أن يرده عليه بحكم خيار العيب، لأنَّ المبيع قد عاد إلى ملكه بسبب جديد هو شراؤه الثاني. فليس ملكه الحاضر مستنداً إلى شرائه الأول الذي يريد فسخه الآن. فيعتبر هذا الشيء الآن كأنه غير الشيء الذي كان اشتراه من البائع الأول، لتبدل سبب الملك (ر: ف ٤٥/ ٢).

ـ وكذا لو باع الموهوب له الشيء الموهوب، أو وهبه لغيره، ثم عاد إلى ملكه بشراء أو هبة أو أي سبب جديد آخر، انقطع حق الواهب الأول من الرجوع في الهبة، كأنما الشيء الحاضر غير الموهوب السابق.

وفي الفقه الأجنبي الحديث ما يشبه هذه القاعدة. فنظرية التطهير: purge في القانون الفرنسي تقاربها في الفكرة.

وبمقتضاها لديهم يعتبر تملك العين بسبب فيه علنية وحسن نية ـ كشرائها بالمزاد العلني مثلاً، أو من محل تجاري معروضة فيه ـ مطهراً لها، أي يحررها من كل حق عيني كان لأحدٍ عليها. فيبقى لصاحب الحق العيني ملاحقة المسؤول عنه بالتعويض (ر: «موجز الحقوق الفرنسية» لدالوز ج ٢ ف ١١٠٧ ـ ١١١٤).

٨١/ ٧٧ ـ القاعدة المتمة العشرين» المعلَّق بالشرط يجب ثُبوته عند ثبوت الشرط» (م/٨٦).

لأن الشرط المعلَّق عليه يصبح بإرادة المتكلم واعتبار الشرع «**سبباً جعلياً**» فيرتبط الحكم المعلق وجوداً وعدماً بهذا الشرط كارتباط المسبب بسببه الشرعي.

وعلى هذا يعتبر الأمر المعلَّق بالشرط عدماً قبل وجود الشرط، كما أنه عندما يكون التعليق صحيحاً معتبراً يوجد الأمر المعلق بوجود الشرط المعلَّق عليه فلا يتأخر عنه.

وقد تقدم إيضاح ذلك مع أمثلته في نظرية العقود (ر: ف ٦/٢٨ و٣/٤٣ ـ ٦).

ما يتفرع عنها من القواعد

٨١/ ٧٨ ـ «المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة» (م/ ٨٤).

الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء وإن كان الوفاء به مطلوباً ديانة.

فلو وعد شخص آخر بقرض أو ببيع أو بهبة أو بفسخ أو بإبراء أو بأيِّ عمل حقوقي آخر، لا ينشأ بذلك حق للموعود، فليس له أن يجبره على تنفيذه بقوة القضاء.

غير أنَّ فقهاء الحنفية لحظوا أنَّ الوعد إذا صَدَر معلَّقاً على شرط فإنه يخرج عن معنى الوعد المجرَّد ويكتسي ثوب الالتزام والتعهد، فيصبح عندئذ ملزِماً لصاحبه (ر: شرح العلامة علي حيدر على المجلة). وذلك فيما يظهر اجتناباً لتغرير الموعود بعدما خرج الوعد مخرج التعهد.

وقد قال ابن نجيم في الحظر والإباحة من «الأشباه» ٢/ ١١٠: «**لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً**».

وعلى هذا قرَّر الفقهاء أنه لو قال شخص لآخر: بع هذا الشيء من فلان، وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيكه، فلم يعطه المشتري الثمن بعد المطالبة التزم به القائل.

ـ وكذا لو باع شيئاً بغبن فاحش، فقال المشتري للبائع المغبون: إذا رددت إليَّ الثمن فسخت لك البيع، كان هذا الوعد ملزماً، ويصبح البيع كبيع الوفاء الذي هو في معنى الرهن. (ر: ف ٩/١٦ في الحاشية و٤٦/ ٨).

ملاحظة:

إنَّ الفقهاء والشراح في المذهب الحنفي لا يتوسعون في التمثيل لهذه القاعدة في نطاق المعاملات بأكثر من ذلك. والظاهر أنها لا تطبق على نطاق واسع في جميع المواعيد المعلقة.

وفي الاجتهاد المالكي أربعة آراء فقهية حول لزوم الوعد بالعقد وعدم لزومه قضاء. والمشهورُ من هذه الآراء أنه يع تبر الوعد بالعقد ملزِماً للواعد قضاء إذا ذكر فيه سبب، ودخل الموعود تحت التزام مالي بمباشرة ذلك السبب بناء على الوعد. وذلك كما لو وعد شخص آخر بأن يقرضه مبلغاً بسبب عزمه على الزواج ليدفعه مهراً، أو ليشتري به بضاعة، فتزوج الموعود، أو اشترى البضاعة، ثم نكل الواعد عن القرض، فإنه يُجبر قضاء على تنفيذ وعده (ر: الفروق للقرافي ٤/ ٢٤ ـ ٢٥، ورسالة الالتزام للحطاب، وهي منشورة في الجزء الأول من فتاوى فتح العلي الملك للشيخ عليش «بحث مسائل الالتزام»)[(١)].

وهذا وجيه جداً، فإنه يبني الإلزام بالوعد على فكرة دفع الضرر الحاصل فعلاً للموعود من تغرير الواعد: فهو أوجه من الاجتهاد الحنفي

(١) وقال أصبغ من فقهاء المالكية: يكفي للإلزام بالوعد ذكر السبب من زواج أو بناء أو غيرهما، ولو لم يباشره الموعود.

الذي يبني الإلزام على الصور اللفظية للوعد هل هي تعليقية أو غير تعليقية، فإنَّ التعليق وعدمه لا يغيِّر شيئاً من حقيقة الوعد[1].

قال والدي الشيخ أحمد الزرقا رحمه الله في شرحه لقواعد المجلة تحت هذه القاعدة (ص٣٥٨): «ظاهر هذه القاعدة أنها مطلقة عامة في كل وعد أتى بصورة التعليق، والحال خلافه...».

وقد ذكر العلامة علي حيدر في شرحه تحت هذه القاعدة أن المجلة قد أخذتها بنصها من ابن نجيم.

هذا، ونظراً لأنَّ من المقرر في المذهب الحنفي أن الأصل في الوعد المجرَّد عدم الإلزام، فإن صيغة هذه القاعدة تعتبر موهمة خلاف المراد.

ويبدو أنَّ المرتكز الفقهي لهذه القاعدة هو أن يصدر الوعد بصورة تُشعر بالالتزام والتعهد، (كما أشار إليه العلامة عليّ حيدر في تعليله للقاعدة) لأنه عندئذ يغرُّ الموعود، وإصدار الوعد بصيغة التعليق على الشرط هو مما يوحي بمعنى الالتزام والتعهد أو الكفالة.

وفي ضوء ما تقدم أقترح أن تُصاغ هذه القاعدة بصيغة جديدة كما يلي:

«المواعيد إذا صدرت بصورة تغرُّ الموعود وتشعر بالالتزام فإنها تكون مُلزِمَةً للواعد».

٨١/ ٧٩ ـ القاعدة الحادية والعشرون: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م/ ٨٣).

لما روي عن الرسول عليه الصلاة والسلام: من قوله: «المسلمون

---

(١) في الفقه الأجنبي الحديث يعتبر الوعد بالعقد ملزماً ضمن شرائط معينة (ر: ف ٣٠/ ٤ الحاشية) وبذلك جاءت المادة/ ١٠٣/ من القانون المدني السوري الذي صدر خلال الطبعة الثالثة من هذا الكتاب.

على شروطهم» كما تقدم (ر: ف ١٠/ ٢ ب و٤١/ ٧).

والشرط المقصود في هذه القاعدة هو الشرط التقييدي لا التعليقي (ر: ف٤٣/ ٢) فيجب احترامه وإنفاذه بقدر الإمكان.

والمراد **بقدر الإمكان** أن لا يخالف قواعد الشريعة في نظام العقود.

وقدمنا أنَّ الاجتهادات المذهبية مختلفة جداً توسيعاً وتضييقاً في حدود هذه المخالفة والموافقة، وبالنتيجة فيما هو مقبول أو مرفوض من المشارطات العقدية، (ف ٤٢/ ١ ـ ٥) وإن أوسعها الاجتهاد الحنبلي، كما أوجزنا نظرية الاجتهاد الحنفي في ذلك، فليرجع إليها هناك (ف: ٤٣/ ١٢ ـ ١٤).

٨١/ ٨٠ ـ القاعدة الثانية والعشرون: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» (م/ ٩١).

الضمان: هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.

ومعنى هذه القاعدة أنه لا يترتب على شخص ضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئاً إذا كان ذلك منه جائزاً شرعاً، لأنَّ تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه؛ وإلا لم يكن جائزاً.

وعلى هذا فروع كثيرة:

ـ منها ما لو حفر إنسان في ملكه الخاص حفرة، فتردَّى فيها حيوان لغيره، فلا يضمنه لأنَّ حفره هذا جائز.

بخلاف ما لو حَفَرَ في الطريق العام لأنه يكون عندئذ معتدياً على حق العامة، فيضمن الضرر.

ـ وكذا لو حَمَّل المستأجِر الدابَّةَ المأجورةَ قدر المعتاد فهلكت، فإنه لا يضمنها لأنَّ فعله جائز. أما لو حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمنها.

ـ ولو امتنع الملتقِط عن تسليم اللقطة لصاحبها حتى يأخذ النفقة التي

أنفقها بإذن القاضي عليها، فهلكت اللقطة في يده، لم يضمنها ولا تسقط نفقته بهلاكها، لأنَّ امتناعه جائز؛ أما إذا لم يكن له عليها نفقة، فإنه يكون معتدياً بالمنع فيضمنها.

وهذه القاعدة فيما يظهر مقيَّدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً، فلو كان جوازاً مقيَّدا فإنه لا ينافي الضمان.

ـ ولذلك يضمن المضطر قيمة طعام الغير إذا أكله لدفع الهلاك عن نفسه كما تقدم (ر: ف ٨١/ ٣٤) مع أنَّ أكله واجب لا جائز فقط، وذلك لأنَّ هذا الجواز مقيَّدٌ شرعاً بحفظ حقوق الغير.

ـ وكذا يضمن قائد الدابة وراكبها في الطريق العام ما تتلفه بقوائمها أو بفمها. وذلك لأن السير في الطريق العام، وإن كان جائزاً، هو مقيَّدٌ شرعاً بشرط السلامة في كل ما يمكن التحرُّز منه[1]. (من شرح والدي رحمه الله على القواعد بتصرف وإيضاح).

وبهذا التخريج تقل مستثنيات هذه القاعدة، فإنَّ الشرَّاح يعدون هذين الفرعين وأمثالهما من مستثنياتها.

وعليه كان ينبغي أن يقال في القاعدة: «الجواز الشرعي **المطلق** ينافي الضمان».

٨١/ ٨١ ـ القاعدة الثالثة والعشرون: «الخَراج بالضمان» (م/ ٨٥).

خراج الشيء: هو الغلة التي تحصل منه كمنافع الشيء، وأجرة الدابة. **والضمان**: تقدم تفسيره في القاعدة السابقة.

هذه القاعدة نص حديث نبوي رواه أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة، والحاكم في المستدرك، وصححه الترمذي (١٢٨٥) في البيوع

---

(١) ر: الدر المختار وحاشيته، باب جناية البهيمة من كتاب الديات ٥/ ٣٨٦.

ومعناه: أنَّ استحقاق الخراج سببه تحمُّل الضمان، أي تحمُّل تبعة الهلاك. فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هَلَك، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة.

وقد ورد هذا الحديث في حادثة خلاصتها أنَّ شخصاً اشترى عبداً واستغلَّه زماناً، ثم وَجَد فيه عيباً قديماً. فخاصم البائعَ إلى الرسول عليه الصلاة والسلام، فقضى برده على البائع. فقال يا رسول الله: إنه قد استغل غلامي! فقال عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمان» (ر: كتاب «أقضية رسول الله» للقرطبي في البيوع ص/٧٦).

والخراج المقصود بهذا الحكم فيما يظهر هو ما كان غير متولّد، وذلك كالمنافع والأجرة على أن يكون أيضاً **مستنداً إلى حالة مشروعة**، كالشراء، وفقاً لما يدل عليه مورد الحديث[١].

أما الزوائد المتولدة؛ كولد الدابة ولبنها وصوفها وثمر الشجر، فإنها تحكم فيها قاعدة شرعية أخرى تجعلها لمالك أصلها المتولدة منه دون نظر إلى الضمان وعدمه، لأنَّ من أسباب الملكية التولد من المملوك كما تقدم (ر: ف ٢٣/٩).

ـ ولذلك إذا ولدت الدابة المغصوبة عند الغاصب فولدها للمالك لا للغاصب مع أن ضمان هلاكها على الغاصب.

ـ وكذا لو ولدت الدابة المبيعة عند البائع قبل تسليمها إلى المشتري فولدها ولبنها للمشتري، وليس للبائع أن ينتفع بها أو يؤجرها، مع أنَّ ضمان هلاك المبيع قبل تسليمه إلى المشتري هو على البائع.

وبهذا التفسير للخراج وحالة ارتباطه بالضمان لا تكون مثل هذه

---

(١) فإن كان الضمان جزائياً بسبب غير مشروع كالغصب فإنه لا يبيح للضامن خراج الشيء المضمون. ولذا لا تباح للغاصب منافع المغصوب وإن كان ضامناً له.

الأحكام مشكلة على القاعدة ومستثناة منها، لأنها خارجة عن المعنى المقصود بنص الحديث.

٨١/ ٨٢ ـ القاعدة الرابعة والعشرون: «الغُرم بالغُنم» (م/ ٨٧).

هذه القاعدة تعبر عن عكس القاعدة السابقة «الخراج بالضمان»، فتفيد أنَّ الضمان أيضاً بالخراج. أي أنَّ التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعاً:

ـ فنفقة رد العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير. بخلاف رد الوديعة، فإن كلفته على المالك المودِع، لأنَّ الإيداع لمصلحته.

ـ وأجرة كتابة صك المبايعة على المشتري، لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه.

ـ ونفقة تعمير الملك المشترك وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم.

ـ وبيت المال يتحمل نفقة اللقيط، وهو الطفل المنبوذ المجهول النسب، حيث تعود أيضاً تركته إلى بيت المال إذا مات.

٨١/ ٨٣ ـ القاعدة الخامسة والعشرون: «النعمة بقدر النقمة، والنقمة بقدر النعمة» (م/ ٨٨).

الجملة الأولى من هذه القاعدة ترادف قاعدة: «الخراج بالضمان».

والجملة الثانية منها ترادف القاعدة السابقة: «الغرم بالغنم».

٨١/ ٨٤ ـ القاعدة السادسة والعشرون: «الأجر والضمان لا يجتمعان» (م/ ٨٦).

الأجر بدل المنفعة عن مدةٍ ما. والضمان المقصود هنا هو الالتزام بقيمة العين المنتفع بها (ر: ف ٨١/ ٨٠).

هذه القاعدة حنفية النسب لا يتبناها جمهور المذاهب الفقهية الأخرى. وهي عند الحنفية تتصل اتصالاً وثيقاً بنظريتهم المشهورة في عدم ضمان

الغاصِب منافع المغصوب، تلك النظرية التي تقدمت الإشارة إليها وإلى انتقادها (ر: ف ٧٧/ ٣).

ـ وعلى هذه القاعدة يفرِّع الحنفية أنه: لو استأجر شخص دابة مثلاً ليركبها إلى مكان معين، فذهب بها رأساً إلى مكان آخر يعتبر متعدياً في حكم الغاصب، ويخرج عن صفة الأمين التي هي الصفة الأصلية شرعاً للمستأجر، فإذا هلكت الدابة عنده قبل ردها إلى مالكها يضمن قيمتها ولا أجر عليه، لأنَّ الأجر والضمان لا يجتمعان.

ـ وكذا إذا لم تهلك فردها سليمة ولو بعد شهور لا أجر عليه أيضاً!! لأنه كان في حالة مسؤولية بضمانها لو هلكت عنده (ر: أول بحث إجارة الدواب من الفتاوى الخانية، وقواعد الحمزاوي مسائل الإجارة ص/ ٨٢).

يتضح من هذه التفريعات وأمثالها أنه ليس المراد بالضمان في هذه القاعدة الضمان المتحقق الواقع فعلاً، أي بأن تهلك العين فيلتزم الشخص بقيمتها، بل المراد به في النظر الحنفي **كون الشخص عرضة لضمان العين**، وذلك بأن يكون بحالة يعتبر فيها هو المسؤول بقيمة العين إن هلكت، سواءٌ أوقع الهلاك فعلاً أم لم يقع، أي أن يكون في **حالة تحمل التبعة**.

وهذا في منتهى الغرابة كما ترى. فهو تفريعٌ نظريٌّ محض لم ينظر فيه إلى مصلحة التطبيق. فهو يفسحُ للناس مجال الاحتيال للانتفاع بأموال الغير بلا بدل، فيعقدون الإجارة على غير المنفعة التي يريدون، ثم يخالفون إلى الانتفاع بما يريدون دون التزام بعوض ولا يبالون ضمان المأجور عند الهلاك لأنه نادر.

ولو أنَّ فقهاء الحنفية خصَّصوا القاعدة بحالة وقوع الضمان وتحققه، كما إذا هلكت الدابة مثلاً في هذه الحال والتزم المستأجر بقيمتها لكان لها وجه، إذ يقال أن ضمان الأصل تندمج فيه المنافع مع أنَّ ذلك أيضاً غير قوي.

وجمهور المذاهب الأخرى يجتمع في نظرها الأجر والضمان. ففي هذه الحادثة مثلاً يلتزم المستأجر بأجر المثل عن المنافع التي استوفاها بلا

حق بحسب المدة، ويضمن فوق ذلك قيمة الأصل يوم الهلاك إذا هلك. (ر: المغني والشرح الكبير، كتاب الغصب ٥/ ٤٠٢ و ٤٣٦).

على أنَّ الحنفية يقيِّدون هذه القاعدة بأن لا يكون الأجر قد استقرَّ على الشخص قبل صيرورته في حالة ضمان للعين. فإذا كان الأجر المسمَّى قد استقرَّ عليه قبلاً، كما لو استوفى المنفعة المعقود عليها أولاً، ثم تجاوز حتى صار متعدياً في حكم الغاصب، فإنه ـ وإن أصبح متحملاً لتبعة هلاك المأجور ـ يلزمه الأجر عندهم إذا لم يهلك.

أما إذا هلَكَ المأجور بعد التعدي قبل الرد إلى المالك فإنه يضمنه ولا أجر عليه عندئذ على كل حال، لاندماج ضمان المنافع في ضمان الأصل.

٨١/ ٨٥ ـ القاعدة السابعة والعشرون: «لا يجوز لأحد أن يتصرَّف في ملك الغير بلا إذن» (م/ ٩٦).

عبارة القاعدة في المجلة «بلا إذنه» أي إذن المالك:

وقد رجحنا حذف الضمير ليشمل إذن الشرع.

التصرُّف في ملك الغير إما فعلي، وإما قولي بطريق التعاقد:

أ ـ فالتصرُّف الفعلي في ملك الغير، بالأخذ، أو الاستهلاك، أو الحفر في الأرض ونحو ذلك، دون إذن يُعتبر تعدياً. والمتصرِّف في حكم الغاصب ضَامنٌ للضرر.

وقد يكون مصدر الإذن الشرع أو العرف، كما لو ذبح الراعي شاة أصيبت ولا ترجى حياتها، فإنه لا يضمن (ر: القواعد الفقهية للشيخ محمود الحمزاوي في مسائل الغصب ص/ ١٩١).

ب ـ وأما التصرُّف القولي بطريق التعاقد، كبيع مال الغير أو هبته أو رهنه أو إجارته أو إعارته أو إيداعه أو غير ذلك ففيه تفصيل:

ـ فإن أعقبه من المتصرِّف تنفيذ بالتسليم أصبح تصرُّفاً فعلياً، وأخذ حكم الغصب.

ـ وإن بقي تصرفه في حَيِّز القول كان فضولاً. والمتصرِّف الفضولي يتوقف عقده على إجازة المالك. ولا شيء على المتصرِّف إذ لا ضرر للمالك من هذه التصرُّفات القولية المحضة مادام الخيار له في قبولها أو رفضها.

والإجازة تلحق الأفعال كالأقوال، فالتصرُّف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازه المالك بعدئذ انقلب مأذوناً.

ونفاذ تصرُّف الوليُّ أو الوصيّ على القاصر ليس استثناء من القاعدة بل هو مأذونٌ به شرعاً لأنه مستند إلى ولاية.

يتَّضح من ذلك أنَّ عدم الجواز، المعبر به في هذه القاعدة، يُفسَّر بمعنيين مختلفين بحسب كون التصرُّف فعلياً أو قولياً:

ـ ففي حالة التصرُّف الفعلي دون إذن المالك يفسَّر عدم الجواز بمعنى المنع الموجب للضمان.

ـ وفي حالة التصرُّف القولي يفسَّر عدم الجواز بمعنى عدم النفاذ.

ما يتفرَّع عنها من القواعد:

٨١/ ٨٦ ـ أ ـ «الأمر بالتصرُّف في ملك الغير باطل» (م/ ٩٥).

لأنَّ فاقد الشيء لا يعطيه؛ فمن لا يملك التصرُّف لا يملك الأمر به.

وعلى هذا لو أمر شخص غيره بأن يأخذ مال آخر، أو يلقيه في البحر أو يحرقه، أو أن يذبح شاته، فلا عبره لأمره، والضمان على الفاعل.

هذا إذا كان المأمور عالماً بأنَّ المال لغير الآمر. أما لو لم يكن عالماً وأوهمه الآمر أنه له، كما لو قال له: اذبح **لي شاتي** هذه (بياء المتكلم)، فإنَّ لصاحب المال تضمين المأمور، وللمأمور أن يرجع على الآمر بما ضمن لتغريره إياه.

ـ ومن الفروع الفقهية المهمة لهذه القاعدة ما لو أودع شخص بعض

ماله وقال للوديع: إذا أنا مت فادفعه لابني، ففعل، وكان للميت المودع وارث آخر، فإنَّ الوديع يضمن، لأنَّ الوديعة بعد موت المودع تصبح ملك الورثة جميعاً، فأمره بالدفع إلى أحدهم باطل.

وكذا لو أمره بدفعه إلى أجنبي غير وارث. (من شرح والدي رحمه الله على القواعد نقلاً عن الفصل/٢٨/ من جامع الفصولين).

ـ ولو قال الدائنُ للمدين: ارم ديني في البحر فرمى هذا مقدار الدين لم يبرأ، لأنَّ الدين شاغل للذمَّة اعتباراً، وليس متعلّقاً بعين مال المدين. فقد رمى مال نفسه، والأمر باطل، وعليه دفع الدَّين. (ر: شرح هذه القاعدة للعلامة علي حيدر).

على أنَّ هذه القاعدة مقيَّدة بأن لا يكون الآمر مجبراً كما سنرى في القاعدة/ ٢٨.

٨١/ ٨٧ ـ ب ـ «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» (م/ ٩٧).

لأنه إذا لم يكن للشخص حق **التصرُّف القولي** في مال الغير بلا إذنه كما أفادته القاعدتان السابقتان فبمقتضى الأولوية ليس له أخذ مال الغير بلا مسوِّغ شرعي.

فإذا أخذه كان ضامناً حتى يرده، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام: **«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»**. رواه أحمد في مسنده وأصحاب السنن الأربعة (ر: ف ١٠/ ٢ب).

ـ وعلى هذا يلزم رد بدل الصلح[1] إذا اعترف قابضه بعد الصلح أنه لم يكن له حق.

---

(١) بدل الصلح: هو ما يتفق المتصالحان على أن يدفعه أحدهما للآخر حسماً للنزاع في الحق المتنازع فيه (ر: ٤٦/١٨).

ـ وكذا يجب رد ما دفعه الإنسان على ظن أنه مدين ثم تبيَّن خلافه كما تقدم (ر: ف ٨١/ ١٦).

ـ وإذا التقط الشخص اللقطة لنفسه كان غاصباً ضامناً. فيجب أن يلتقطها بقصد حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر. وإن لم يظهر صاحبها فسبيلها الصدقة.

ـ وعلى هذا أيضاً كان التقادم (أي مرور الزمان) إنما يمنع فقط سماع الدعوى بالحق أو بالعين أمام القضاء. ولكن المدعى عليه لا يسقط عنه الحق ولا يتملك الشيء بالتقادم، بل عليه رده في حكم الديانة، لأنَّ التقادم ليس سبباً مملكاً من أسباب الملكية، وإنما هو حاجز قضائي كما تقدم بيانه (ر: ف٢٣/ ٤).

أما إذا كان أخذ مال الغير مستنداً إلى حق ثابت فإنه يجوز ولو دون رضى صاحب المال.

بل قد أفتى المتأخرون بأنه يجوز من جهة الديانة أخذ الدائن حقه الصحيح الثابت من مال المدين المماطل أو الجاحد إذا دخل في يد الدائن ولو بدون علم المدين، ومن غير جنس الدين، وليس مقضياً به، وذلك لفساد الذمم كما تقدم، وإن كان نظام القضاء في الشريعة لا يقرُّ له هذا الأخذ. وهذا مما يختلف فيه حكم الديانة عن القضاء (ر: ف ٢/ ٤ و٢٣/ ١٠ الحاشية الأخيرة).

٨١/ ٨٨ ـ القاعدة الثامنة والعشرون: «يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر، ما لم يكن مجبراً» (م/ ٨٩).

وذلك لأنَّ الآمر إذا كان مجبراً كان المأمور في حكم الآلة (ر: الدر المختار، وحاشيته في الإكراه ٥/ ٨٥).

المراد بالفعل هنا ما فيه تعد على مال أو نفس:

ـ فلو أمر شخص آخر بإتلاف مال الغير، أو بحفر حفرة في الطريق

العام فوقع فيها حيوان، أو بارتكاب جريمة ففعل ذلك، كان المأمور هو المسؤول الضامن، لأنه هو الفاعل دون الآمر.

- ومن أَمَر غيره بعقد متعلق بالمأمور نفسه كان المأمور العاقد هو الملتزم بعقده ولو أنَّ العقد في غير مصلحته.

- بخلاف ما لو أكرهه الآمر على العقد، فإنَّ له الخيار في الإمضاء أو الفسخ بعد زوال الإكراه.

ومتى أضيف الفعل إلى الآمر لكونه مجبراً (بصيغة الفاعل) ترتبت في حقه مسؤولية المكرِه (بصيغة الفاعل) المفصَّلَة في بحث الإكراه من الكتب الفقهية، بحسب كون الإكراه مُلجئاً أو غير ملجىء. وكونه إكراهاً على تصرُّف قولي أو على فعل. وقد تقدَّمت خلاصة عنها في بحث الإكراه من عيوب الرضا في نظرية العقود، وفي شرح القواعد (ر: ف ٣٤/ ٤ و٨١/ ٣٢).

- والفروع الفقهية تدل على أنَّ القاعدة مقيّدة بأن لا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الآمر، وإلا كان الأمر عندئذ في حكم الوكالة يقوم فيها المأمور مقام الآمر في حدود الأمر، وينفذ عليه تصرفه.

وذلك كما لو أمره بقضاء دين على الآمر، أو بالإنفاق عليه أو بناء داره مثلاً، فإنَّ المأمور عندئذ يكون كوكيل يرجع على الآمر بما دفع أو أنفق.

- والإكراه الذي يضيف الفعل إلى الآمر قد يكون **حكمياً تقديرياً** كما لو كان الآمر سلطاناً فإنَّ أمره إكراه (ر: قواعد الحمزاوي مسائل الغصب ص/ ١٩٦).

- ومثل ذلك ما لو كان الآمر بالغاً عاقلاً، والمأمور قاصراً صبياً أو مجنوناً، فإنَّ المأمور يضمن أولاً نتائج ما يفعل أو يتلف، ولكنه يرجع على الآمر، لأنَّ أمر الكبير العاقل للقاصر في حكم الإكراه.

بخلاف ما لو كان الآمر صبياً مثله، فإنَّ أمره غير معتبر، والضمان يستقرُّ على المأمور.

ـ ومثل الإكراه في الحكم **التغرير**، كما لو قال له: احفر لي في هذا الجدار، أو في جداري هذا (بياء المتكلم)، وكان الجدار لغيره والمأمور لا يعلم، فإنه يضمن ويرجع على الآمر.

بخلاف مالو قال له: «احفر في هذا الجدار» فإنه لا تغرير فيه، والضمان على المأمور، **إلا أن يكون الآمر ساكناً في الدار**، فيكون عندئذ تغريراً أيضاً، لأنَّ سكناه قرينة توهم المأمور أنَّ الدار للآمر.

وعلى هذا كان ينبغي أن يقال في القاعدة: **«ما لم يكن الآمر مجبراً أو مغَرِّراً»**.

وفي كل موطن يضاف فيه الفعل إلى الآمر، فإنَّ الخصومة القضائية في الضمان تكون **مع المأمور**، أي تقام الدعوى من المتضرر على المأمور لا على الآمر. فيضمن المأمور أولاً لأنه مباشر، ثم يرجع على الآمر. (من شرح والدي رحمه الله نقلاً عن رسالة «التحرير في ضمان الآمر والمأمور والأجير» للعلامة الشيخ محمود الحمزاوي)[1].

٨١/ ٨٩ ـ القاعدة التاسعة والعشرون: «المباشر ضامن وإن لم يتعمَّد» (م/ ٩٢).

المباشِر هو الذي يحصل الأثر بفعله. والمراد به في القاعدة من يباشر عملاً مُضِرّاً بغيره.

فمن باشر إتلافاً بأي طريقة كانت فهو ضامن سواء أكان عامداً أو مخطئاً:

ـ فلو زلقت رجل إنسان فسقط على شيء لغيره فأتلفه أو أضره، أو

(١) هذه الرسالة مطبوعة في دمشق سنة /١٣٠٣هـ.

طارت شرارة من دكان حداد فأحرقت ثوب شخص، أو انقلب طفل على آنية شخص فكسرها، كان كل أولئك ضامنين ما أتلفوا أو أفسدوا (ر: ف ١٣/٥٩ و٦١/٥).

٨١/ ٩٠ ـ القاعدة المتممة للثلاثين: «المتسبِّب لا يضمن إلا بالتعمد» (م/ ٩٣).

المتسبِّب في حادثة هو الذي يفعل ما يؤدي إليها، ولا يباشرها مباشرة. والنظر الشرعي في التسبب لضرر الغير أنه:

أ ـ إذا انفرد التسبب في الميدان كان من موجبات الضمان **بشرط أن يكون المتسبب متعدياً**.

ـ مثال ذلك ما لو حفر شخص حفرة في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر، أو بإذنه ولكنه أهمل بعض القيود، كما لو أذن له بالحفر على أن يضع حواجز حول الحفرة فلم يضعها، فوقع فيها حيوان أو شخص أعمى. فإنَّ المتسبِّب، وهو الحافر، يضمن ضرر الأنفس والأموال.

ـ وكذا لو قطع شخص حبل قنديل معلَّق فسقط، أو شق زقَّ سمن فسَال، أو فتح باب قفص أو اصطبل حتى فرَّ الطائر أو الدابة، فإنه يضمن في كل ذلك.

ب ـ فإذا لم يكن المتسِّب معتدياً، كمن حفر حفرة في أرضه فدخل حيوان لجاره وسقط فيها، أو حفر حفرة في الطريق العام بإذن وليِّ الأمر وحوَّط حولها، فسقط فيها شخص أو حيوان، فلا ضمان عليه (ر: شروح المجلة للعلامة علي حيدر وغيره م/ ٩٢ ـ ٩٣).

يستخلص مما تقدم في هذه القاعدة والتي قبلها أنَّ التعدي هو الأساس الملحوظ للتضمين في حالتي المباشَرة والتسبب على السواء، وأن التعدي يكون:

١ ـ إما بتجاوز الفاعل على الشخص المضرور أو على حقوقه رأساً كما في حالة المباشرة.

٢ ـ وإما بتجاوزه الحدود المأذون بها شرعاً حتى تفضي إلى ضرر الغير، كما في حالة التسبُّب.

ومتى وجد التعدي لا ينظر بعد ذلك إلى التعمُّد والقصد، لأنَّ حقوق الغير مضمونة شرعاً في حالتي العمد والخطأ، بل حتى في حالة الاضطرار المبيح للمحظورات كما تقدم (ر: ف ٨١/ ٣٥).

فالفروع الفقهية تفيد أن كلاً من المباشرة والتسبب لضرر الغير موجب للضمان متى وجد التعدي بمعناه المشروح. سواء قصد الفاعلُ الفعلَ أو الضررَ قصداً معتبراً أم لم يقصد.

ولذا لو صاح المجنون بدابة أحد حتى جفلت وأضرَّت بمالٍ أو نفس، كان ضامناً في ماله، وإن لم يستحق عقوبة، مع أنه في ذلك متسبب تسبباً وليس مباشراً، ولا يعتبر له قصد إلى فعل أو ضرر.

يتضح من ذلك أن التعبير بلفظ «**التعمد**» الوارد في قاعدة «المتسبب» هذه إنما المراد به معنى التعدي لا معنى **القصد**، وهو تعبير غير سديد لاسيما في قاعدة، لأنه موهم. ولم أر من نبه على ذلك من الشرّاح.

ج ـ وأما إذا لم ينفرد التسبب بل اجتمع في الحادثة متسبب ومباشر فهذا موضوع القاعدة التالية:

٨١/ ٩١ ـ القاعدة الحادية والثلاثون: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر» (م/ ٩٠).

واجتماع المتسبب والمباشر في حادثة يكون بأن يتخلل بين عمل المتسبب وحدوث الحادثة فعل **شخص آخر مختار**.

فهذا الشخص عندئذ يكون مباشراً، فيضاف الفعل إليه لأنه ألصق به

من المتسبب السابق، ويكون هو الضامن للضرر ولو كان المتسبب أيضاً معتدياً، لوجود من هو أولى بتحمل التبعة، وهو المباشر.

وعلى هذا: لو حفر شخص في الطريق العام دون إذن، فجاء شخص آخر وألقى في الحفرة حيواناً لغيره، كان هذا الملقي هو الضامن دون الحافر.

بخلاف ما لو سقط الحيوان من نفسه، فإنَّ الحافر يضمن لانفراد التسبب.

ـ وكذا لو دلَّ شخص لصاً على مال غيره فسرقه، فالضمان على اللص لا على الدال.

بخلاف ما لو دلَّ الوديع على مكان الوديعة التي عنده لصاً فسرقها، فإنَّ الوديع يضمن هنا لأنه متعهد بالحفظ، وهذه الدلالة خيانة أو تقصير، فتوجب عليه الضمان. ولصاحب الوديعة تضمين اللص أيضاً إن عرف لأنه مباشر ضامن على كل حال.

٨١/ ٩٢ ـ القاعدة الثانية والثلاثون: «جناية العجماء جُبار» (م/ ٩٤).

هذه القاعدة حديث نبوي لفظه: **«العجماء جرحها جبار»** أخرجه البخاري ومسلم ومالك وأحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه.

والعجماء البهيمة. وجرحها معناه هنا ما يصدر عنها من ضرر.

ومعنى كونه «جُباراً» (بضم الجيم) أنه هدر لا مؤاخذة فيه ولا ضمان. ويلحظ في هذا الموضوع ما يلي:

أ ـ المراد بالقاعدة ما تفعله البهائم من تلقاء نفسها.

ـ وذلك كما لو قطعت رباطها وشردت أو جفلت، أو نفحت برجلها، فأضرَّت أحداً، فلا ضمَانَ على صاحبها.

ـ وكذلك لو اغتالت هرة شخص طائر غيره، أو ربط شخصان دابتيهما في مكان مأذون بالربط فيه فأتلفت إحداهما الأخرى، فلا ضمان على أحد.

ب ـ أما لو كانت جناية العجماء منبعثة عن فعل إنسان، كما لو كان الشخص راكباً للدابة ولو في أرضه فداست شيئاً للغير، فإنه ضامن، لأنه يعتبر مباشراً.

ـ وكذا لو أجفلها شخص فضربت أحداً، فإنه يضمن جنايتها لأنه متسبب بإجفالها.

(ر: باب جناية البهيمة والجناية عليها في كتاب الديات في الدر المختار وحاشيته ٥/ ٣٨٧).

٨١/ ٩٣ ـ القاعدة الثالثة والثلاثون: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة» (م/ ٥٩).

فلا يملك القاضي أن يتصرَّف في مال القاصر أو الوقف مع وجود الوصيِّ أو المتولي.

وقد تقدم الكلام على هذه القاعدة في نظرية الأهلية والولاية (ر: ف ٦٦/ ٩).

الاستثناءات:

ـ ويستثنى من القاعدة أن للقاضي حق إيجار عقار الوقف مدة طويلة عند الحاجة إلى التعمير، وليس للمتولي ذلك.

ـ وكذا للقاضي إقراض مال القاصر، وليس للأب أو للوصي ذلك (ر: ف ٦٢/ ٦).

والسبب في هذا الاستثناء أنَّ صيانة مال الأوقاف والأيتام هي من الحق العام. فتجاوز الحدود المسموحة للأولياء والأوصياء والقوام يعود إلى تقدير الوليِّ العام. ولذا كان للقاضي محاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء

بمقتضى النظر العام (الولاية العامة)، وإن كان ليس له أن يباشر العقود عنهم مع وجودهم (من شرح والدي رحمه الله على القواعد).

٨١/ ٩٤ ـ القاعدة الرابعة والثلاثون: «التصرُّف على الرعية منوط بالمصلحة» (م/٥٨).

هذه القاعدة ترسم حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاة وتصرفاتهم على الرعية. فتفيد أنَّ أعمال هؤلاء الولاة وتصرفاتهم النافذة على الرعية الملزمة لها في حقوقها العامة والخاصة يجب أن تبنى على مصلحة الجماعة وتهدف إلى خيرها.

ذلك لأنَّ الولاة، من الخليفة فمن دونه من العمال الموظفين في فروع السلطة الحكومية، ليسوا عمالاً لأنفسهم، وإنما هم وكلاء عن الأمة في القيام بأصلح التدابير لإقامة العدل، ودفع الظلم، وصيانة الحقوق والأخلاق، وضبط الأمن، ونشر العلم، وتسهيل المرافق العامة، وتطهير المجتمع من الفساد، وتحقيق كل ما هو خير للأمة في حاضرها ومستقبلها بأفضل الوسائل، مما يعبر عنه بالمصلحة العامة.

فكل عمل أو تصرُّف من الولاة على خلاف هذه المصلحة، مما يقصد به استئثار أو استبداد، أو يؤدِّي إلى ضرر أو فساد، هو غير جائز:

ـ فليس لوليِّ الأمر أن يعفو عن عقوبات الحدود مطلقاً، ولا عن غيرها من الجرائم أو العقوبات إذا كان في ذلك تشجيع على الإجرام واستخفاف بنتائجه.

ـ وكذا ليس له أن يهدر الحقوق الشخصية للمجنى عليهم بحال من الأحوال. ولا أن يبطل أقضية القضاة.

ـ وكذا ليس لإمام أو أمير أو قاض أن يمنع محاسبة من تحت أيديهم أموال العامة أو القاصرين، كالمتولين على الأوقاف وكالأوصياء.

ـ ولا أن يسمح بشيء من المفاسد المحرمة شرعاً، كالفسق والخمر والقمار، ولو بحجة جباية الأموال والضرائب منها.

ـ ولا أن يولي غير أمين، أو غير كفي، عملاً من الأعمال العامة. والأصل في ذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام:

«ما من عبد يسترعيه الله عز وجل رعيَّةً يموت وهو غاش رعيته إلا حَرَّم الله تعالى عليه الجنة» رواه البخاري في الأحكام، ومسلم في الإيمان.

وقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً: «ما من أمير يلي أمور المسلمين، ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه، إلا لم يدخل معهم الجنة». رواه مسلم والطبراني. (وجملة **«كنصحه وجهده لنفسه»** في رواية الطبراني).

وقوله عليه الصلاة والسلام: «من استعمل رجلاً من عصابة (أي جماعة)، وفيهم من هو أرضىٰ لله منه، فقد خان الله ورسولَه والمؤمنين».

(رواه الحاكم في الأحكام عن ابن عباس).

وقوله ﷺ: «لا طاعة لمخلوق في معصية الله».

رواه أحمد في المسند من حديث عمران، والحكم بن عمرو الغفاري.

٨١/ ٩٥ ـ القاعدة الخامسة والثلاثون: «يقبل قول المترجم مطلقاً» (م/ ٧١).

المترجم والترجمان هو الذي يفسِّر لغة بأخرى.

فإذا كان أحد المتداعيين أو كلاهما، أو الشهود أو بعضهم، لغتهم غير لغة الحاكم يعتمد الحاكم ترجماناً ينقل إليه الكلام.

فهذا الترجمان مؤتمن وقوله حجة، بشرط أن تتوافر فيه صفتان:

١ ـ أن يكون عدلاً غير فاسق، لأنَّ الفاسق غير مؤتمن.

٢ ـ وأن يكون عالماً باللغتين علماً كافياً يؤمن معه الخطأ والخلط.

ولا يشترط تعدد التراجمة كنصاب الشهادة، بل يكتفي بالمترجم الواحد.

ومعنى الإطلاق الوارد في القاعدة أنه يقبل قول المترجم في جميع أنواع الدعاوى والبيِّنات، رجلاً كان أو امرأة.

وقد استثنى الفقهاء الجرائم الموجبة لعقوبات **الحدود**، فاشترطوا في المترجم في دعاويها وإثباتها أن يكون رجلاً، زيادة في الاحتياط.

٨١/ ٩٦ ـ القاعدة السادسة والثلاثون: «دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه» (م/ ٦٨).

إنَّ لهذه القاعدة صلة وثيقة بمبدأ القضاء بالقرائن.

الأمور الباطنة هي الحقائق الخفية المحجوبة التي يتعذر أو يتعسَّر الاطلاع عليها، مع أنها تختلف بوجودها وعدمها الأحكام، وتحتاج إلى إثبات.

فالنظر الشرعي أن ما كان كذلك لا يبحث عن حقيقة وجوده في الواقع، بل ينظر إلى دلائله، فيقوم وجودها مقام وجوده، وترتبط الأحكام بتلك الدلائل وجوداً وعدماً، ولا يلتفت إلى احتمال خلافها:

ـ فالإرادة الحقيقية مثلاً في العقود هي خفاء، فيقوم دليلها وهو الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول مقامها، فينعقد بهما العقد، ما لم يتحقق انتفاء الإرادة الحقيقية كما تقدم (ر: ف ٣٢/ ٤).

ـ واستعمال القاتل آلة قتالة دليل على قصده القتل، فلا يقبل منه ادعاء الخطأ، بل يقوم وجود الآلة القتالة مقام القصد الباطني الخفي.

ـ وترك الادعاء بالحق مدة التقادم مع عدم المانع من الادعاء دليل أنَّ المدعي غير محق في الواقع. فلا تقبل دعواه، إلا أن يقر خصمه فتنتفي الريبة (ر: ف ٢٣/ ٤).

من أين لك هذا؟

ـ ومن الفروع المهمة لهذه القاعدة في أعمال الإدارة العامة أن عمال الحكومة، وجباة بيت المال، ومتولي الأوقاف وكتبتها ونحوهم إذا ظهرت عليهم مظاهر الغنى وبنوا الأبنية دون أن يعرف لثرائهم مصدر، كان ذلك دليلاً على خيانتهم وارتشائهم. فيجوز عزلهم ومصادرة أموالهم، مالم يثبتوا لها مصدراً (من شرح والدي رحمه الله على القواعد نقلاً عن «الدر المختار» قبيل بحث كفالة الرجلين من كتاب الكفالة)[1].

٨١/ ٩٧ ـ القاعدة السابعة والثلاثون: «المرء مُؤَاخَذٌ بإقراره» (م/ ٧٩).

---

(١) وقد فعل ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فكان إذا استعمل عاملاً (موظفاً) أحصى ماله في سجل مكتوب. ثم إذا وجد عنده فضلاً ليس له مصدر صادره أو شاطره إياه على حسب قوة التهمة، ووضعه في بيت المال.

وقد مر عمر ببناء يبني بالحجارة والجص، فقال: لمن هذا؟ فذكروا عاملاً له على البحرين. فقال: «**أبت الدراهم إلا أن تخرج أعناقها**» وشاطره ماله.

وكان يقول: «**لي على كل خائن أمينان: الماء والطين**»!:

وقد صادر الحارث بن وهب الليثي، وقال له:

«**ما قِلاص وأعبد بعتها بمائة دينار**»؟ [«القلاص» (بكسر القاف) جمع «قَلوص» (بفتح القاف)، وهي الناقة الفتية].

ـ قال: خرجت بنفقة لي فاتجرت فيها.

قال: «**إنا والله ما بعثناك للتجارة، أدّها**».

ـ قال: أما والله لا أعمل لك بعدها.

ـ فقال عمر: **أنا والله لا أستعملك بعدها!!**

(ر: سيرة عمر بن الخطاب للأستاذين القاضيين الأخوين علي وناجي الطنطاوي ١/ ٢٣١ ـ ٢٣٣، والإصابة ٤/ ٢٢٠، وعيون الأخبار لابن قتيبة ١/ ٥٣).

وهذا ما يعبر عنه المعاصرون اليوم بقاعدة: «**من أين لك هذا**»؟ ويطالبون بسنّ قوانين تسوِّغه، بعد أن أصبح كثيرون من رجال الحكم والموظفين على غنى واسع جديد لا يُعرف له مصدر عندهم سوى الخيانة واستغلال الوظيفة.

وقد كان في هذه المبادىء والأحكام الشرعية العلاج التشريعي المطلوب.

وقد صدر لدينا فعلاً بعد الوحدة بين مصر وسورية «قانون الكسب غير المشروع» سنة ١٩٥٨م أوجب على كل موظف ومن سيتوظف تقديم بيان يحصي فيه كل ما لديه من أموال له أو لزوجته أو لأولاده، ولكن طبق فترة ثم أهمل.

وذلك إذا كان عاقلاً كامل الأهلية، لأنَّ المفروض أنه أعلم من غيره بما فعل من أسباب الالتزام، وبما عليه من حقوق. وأن له ولاية على إلزام نفسه بما يشاء من طريق الإنشاء، بالعقود وغيرها من الأسباب المنشئة، فله بل عليه شرعاً، أن يكشف الحجاب عن الالتزامات المستقرة عليه، لأنَّ كتمان حقوق الناس وهضمها حرام.

ومن الأدلة النصيَّة الدالة على هذه القاعدة قوله تعالى في آية المداينة من سورة البقرة، بعد إرشاده إلى توثيق المداينة بالكتابة:

﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾.

فقد أمر المدين بالإملال ـ أي الإملاء ـ واعتبر ذلك توثيقاً للدين. وهذا معنى المؤاخذة بالإقرار (ر: المبسوط للسرخسي في أول كتاب الإقرار). وهناك نصوص من السنة كثيرة.

هذا، وقد تقدمت تطبيقات هذه القاعدة في مناسبات كثيرة كافية.

٨١/ ٩٨ ـ القاعدة الثامنة والثلاثون: «الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان» (م/ ٧٥).

المراد بالبرهان **الأدلة القضائية المثبتة** التي تسمى: بالبيِّنات.

أي أن ما ثبت لدى القاضي في مجلس القضاء بالبينة، من الحوادث أو نتائجها الشرعية، يعتبر أمراً واقعاً كأنه محسوسٌ مُشَاهَد بالعيان. فيقضي به اعتماداً على هذا الثبوت، وإن كان هناك احتمال خلافه بسبب من الأسباب، ككون الشهود كذبة متسترين بالصلاح، أو كوجود سبب مبرىء في الواقع لم يطلع عليه أحد، ونحو ذلك من الاحتمالات. ذلك لأنَّ كل هذه الاحتمالات تبقى في حيِّز الموهومات بالنسبة للبيِّنة الظاهرة، وقد تقدم أنه «لا عبرة للتوهم» (ر: ف ٨١/ ١٤). وأن مهمة القضاء البناء على ما يظهر ويثبت لديه، وليس القاضي مكلفاً باكتناه الحقائق في الواقع فإنَّ هذا ليس في طاقته.

وقد تقدم قول الرسول عليه الصلاة والسلام: «إنكم لتختصمون إليَّ، وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع». إلخ... (ر: ف ٢/ ٣).

ونتائج كون الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان ثلاث.

١ ـ أن لا يقبل من المدعى عليه إنكار بعد ذلك الثبوت.

٢ ـ وأن لا يسمع منه بعد القضاء ادعاء بخلاف ما قضي عليه به، إلا بسبب جديد. (ر: «الطريقة الواضحة إلى البيِّنة الراجحة» للحمزاوي بحث «تهاتر البيِّنات» ص/ ٢٢٩).

٣ ـ وأن يسري الإثبات بالبيِّنة على غير المقضي عليه بها من ذوي العلاقة الذين تجمعهم وحدة السبب الموجب، فيعتبر الموضوع ثابتاً بالنسبة إليهم أيضاً، كما سنرى.

ما يتفرع عنها من القواعد

٨١/ ٩٩ ـ «البيِّنة حجةٌ متعدية، والإقرار حجة قاصرة» (م/ ٧٨).

قلنا في شرح القاعدة السابقة: إنَّ البينة هي الدليل القضائي المثبت.

وقد تقدم أيضاً معنى كون الإقرار حجة قاصرة في مناسبات عديدة، كمن أقرَّ بدين مشترك عليه وعلى غيره، فإنَّ إقراره هذا ينفذ على نفسه فيؤاخذ به في ماله ولا يسري على رفيقه مالم يصدقه.

(ر: ف ٤/ ٤، ٨٠/ ١، ٨١/ ٧١ الحاشية، وسنوضحه قريباً أيضاً).

إن ما يثبت من الحقوق بالبيِّنة أمام القاضي يعتبر هو الحقيقة الواقعية، بل يعتبر كالمشاهد بالعيان بمقتضى القاعدة السابقة؛ وحينئذ يحتج به غير المقضي عليه أيضاً.

٨١/ ١٠٠ ـ القاعدة التاسعة والثلاثون: «البيِّنة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل» (م/ ٧٧).

سنرى قريباً في الفصل التالي معنى (الظاهر، وخلاف الظاهر، والأصل).

ومعنى هذه القاعدة يتضح من القاعدة التالية المتفرعة عنها:

ما يتفرَّع عنها من القواعد

٨١/ ١٠١ ـ «البيِّنة على المدَّعي، واليمين على من أنكر» (م/ ٧٦).

هذه القاعدة بنصها لفظ حديث نبوي كما تقدم (ر: ف ١٠/ ٢).

إنَّ المدَّعي هو الذي يزعم خلاف الظاهر، فعليه الإثبات بالبينة، كما أفادته القاعدة الأساسية السابقة.

أما المُدَّعىٰ عليه فإنه بإنكاره متمسك بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته من المسؤولية. فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارىء.

ولكن لاحتمال كذب المدعى عليه في الإنكار يوثق قوله باليمين إذا طلب المدَّعي تحليفه عند عجزه عن الإثبات.

وهذا مبدأ عام: أن من كان القول له فهو خاضعٌ لليمين إلا في مستثنيات محدودة[1].

٨١/ ١٠٢ ـ القاعدة المتممة الأربعين: «لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم» (م/ ٨٠).

---

(١) من هذه المستثنيات ما إذا رجع الواهب في هبته وطلب القضاء له باستردادها، فزعم الموهوب له هلاك الموهوب، فالقول له في الهلاك بلا يمين.

(ر: قواعد الحمزاوي في مسائل الهبة، والدر المختار باب الرجوع في الهبة).

والمبدأ الفقهي في هذا الاستثناء: أنَّ كل من ادعى أمراً يملك إنشاءه في الحال فالقول له فيه بلا يمين.

فالشخص الموهوب له هنا يملك استهلاك الموهوب في الحال دون مسؤولية ما دام ملكاً له قبل القضاء برده إلى الواهب، فلا فائدة من تحليفه، إذ لو كان كاذباً في زعم الهلاك لاستطاع استهلاكه الآن بلا ضمان.

التناقض هو أن يصدر عن الشخص كلامان ينقضُ أحدهما الآخر.

وللتناقض بحث كبير، وأحكام مفصَّلة، وتطبيقات وتفريعات واسعة النطاق في مباحث الدعوى والشهادة والإقرار من الكتب الفقهية.

ـ والتناقض المقصود في هذه القاعدة هو تناقض الشاهد في شهادته المثبتة للدعوى.

فإذا وقع التناقض في شهادة الشاهد قبل القضاء بها، كما لو شهد في دعوى الدَّين مثلاً أنَّ الدين قرض، ثم قال: إنه ثمن مبيع، انهدم الاحتجاج بشهادته وامتنع القضاء بها.

وأما إذا ظهر التناقض في البيِّنة بعد القضاء بها، كما لو رجع الشهود عن شهادتهم، أو اعترفوا بما يكذبها بعد القضاء، فإنَّ القضاء الواقع لا يبطل، بل يضمن الشهود للمحكوم عليه ما حكم عليه به.

ويشترط في رجوع الشاهد أن يكون أمام القاضي، فلو أظهر الرجوع خارج مجلس القضاء فلا عبرة لرجوعه لا قبل الحكم ولا بعده (المجلة / ١٧٣١).

وإنما لم يبطل القضاء لأنه لا يمكن الجزم بأنَّ كلام الشهود الثاني الناقض لشهادتهم الأولى هو الصحيح دون الأول. فلو جاز الإبطال لأمكن إلغاء كثير من الأقضية عن طريق إغراء الشهود. ولذا كان من القواعد أنَّ **القضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن.**

٨١/١٠٣ ـ انتهى تصنيف وشرح القواعد التسع والتسعين التي صدرت بها المجلة.

وإن هذه القواعد الأخيرة (٣٥ ـ ٤٠ وما تفرَّع عنها وهي القواعد الباحثة عن الأدلة وتوزيع البينة واليمين بين الخصمين بالنظر إلى «الأصل» و«الظاهر» و«خلاف الظاهر»، وعن الإقرار وقصوره، والبيِّنة وتعديها، وما

يتصل بذلك، هي القواعد التي تتضمن فلسفة نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية، والترجيح القضائي بين مزاعم الخصمين المتدافعة.

ومن المفيد، لكي تكون هذه القواعد الست الأخيرة/ ٣٥ ـ ٤٠/ المتعلقة بالإثبات واضحة المفاهيم والمباني والأهداف، أن نعالج مباني الترجيح والإثبات القضائي، والمرجّحات الابتدائية، والمثبتات النهائية، وقوة كل منها، ببحث تحليلي يكشف عما فيها من عناصر، وما بينها من أواصر، حتى تصبح هذه القواعد المتعلقة بنظام الإثبات مفهومة واضحة، وكذا ما يتصل بها من القواعد السابقة التي تتضمن ما يسمى في اصطلاح الإثبات: «**أصولاً أو ظواهر**» يرتكز عليها القضاء في طريق الإثبات. وهذا ما سنحاوله في الفصل الثاني والثمانين التالي.

ملحق بالفصل الحادي والثمانين

صياغة جديدة مع شواهد لقاعدة «من استعجل الشيء...»

٨١/ ١٠٤ ـ أوردنا في الفصل الفائت القاعدة الثانية عشرة **«من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»** (ف: ٨١/ ٦٢) وشرحناها بإيجاز.

ويلاحظ على هذه القاعدة أمران: **أولهما**: أن صيغتها التقليدية التي أتت بها المجلة تضيّق نطاق القاعدة فتقصره على سوء القصد المرتبط بالاستعجال. بينما حقيقة القاعدة أوسع من ذلك بكثير، إذ تشمل كل التصرُّفات التي تقوم علىٰ سوء النية والقصد، ولو تذرع لها الشخص بوسيلة مشروعة، طالما كان هدفه الوصول إلى نتيجة ممنوعة.

والملاحظة **الثانية** على القاعدة هي قلة الشواهد التي تذكر تحتها في شروح المجلة. فلهذا وذاك سنأتي لها بعدد من الأمثلة والشواهد الإضافية، ثم نقترح صيغة أفضل وأعمَّ لهذه القاعدة.

٨١/ ١٠٥ ـ المثال الأول: يرى الإمام مالك رحمه الله أن من طلق امرأته ثم راجعها قبل انقضاء عدتها، ثم طلقها من غير أن يمسَّها، أنه إن قصد بذلك مضارّتها بتطويل العدة عليها، لا تستأنف عدة جديدة، بل تبني على ما مضى من عدتها»[1].

٨١/ ١٠٦ ـ المثال الثاني: يرى الإمام مالك أن من نُهي عن تلقي

---

(١) د. فتحي الدريني: «التعسف في استعمال الحق»، رسالة دكتوراه، ص ٢٦٢. ويلاحظ أن المذاهب الأخرى الثلاثة لم توافق مالكاً في هذا الاجتهاد.

الرُكبان (ر: ف ٨/٣٥) فلم ينته بل عاد إليه، يعامل بنقيض قصده (وقصده اجتلاب الربح لنفسه دون أهل السوق) فتباع عليه السلعة التي تلقاها، فإن ربحت أشرك معه أهل السوق (أي باقي الباعة) في الربح، وإن خسرت فالخسارة عليه وحده تأديباً له.

وهذا الاجتهاد مبني على رأي مالك بأنَّ الحكمة من النهي عن تلقي الركبان هي دفع الضرر عن سائر البائعين في السوق[1].

٨١/ ١٠٧ ـ **المثال الثالث**: إن من الأحكام الفقهية المقررة في عقد المضاربة (ر: ف ٤٦/ ١٤) أن رأس المال لا يضمنه العامل المضارب، بل هو في يده على حكم الأمانة. فإن ربح اقتسم الربح مع رب المال على شرطهما، وإن خسر دون تعد ولا تقصير فالخسارة كلها على رب المال، ويخسر العامل جهده. فإذا خالف العامل شروط العقد بأن اشترى سلعاً نُهي عن شرائها، فإنه يصبح ضامناً للمال كما في القرض، فله ربحه وعليه خسارته، وعليه رد رأس المال لصاحبه.

لكن مالكاً رحمه الله نصَّ في الموطأ (برواية الليثي ط دار النفائس ببيروت) على أن العامل في القراض (المضاربة) إذا اشترى ما نُهي عنه من السلع، **قاصداً** بذلك أن يصبح المال مضموناً عليه فينفرد هو بربحه دون صاحبه، أنه إن فعل ذلك بهذا القصد فإنَّ رب المال بالخيار، إن شاء دخل معه في السلعة التي اشتراها شريكاً بحصته من الربح بحسب العقد، وإن أحب فله رأس ماله مضموناً على العامل المتعدي.

وهذا معاملة للمضارب السيِّىء النية بنقيض قصده تأديباً له.

٨١/ ١٠٨ ـ **المثال الرابع**: ذكرنا سابقاً (ف ١٥/ ٦ ح): فتوى المولىٰ أبي السعود التي صدر بها أمر سلطاني، بعدم نفاذ وقف المدين في القدر

(١) ابن فرحون المالكي: «درة الغواص في محاضرة الخواص»، تحقيق وتعليق د. محمد أبو الأجفان ود. عثمان بطيخ، القاهرة؛ دار التراث، ١٩٨٠ م ص٢٤٥ المسألة رقم ٤١٧.

الذي يتوقف عليه تسديد الدَّين من أمواله، قطعاً لما يلجأ إليه بعض المدينين من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين. وهذا أيضاً كما ترى معاملة للمدين سيّيء النية بنقيض قصده.

هذا إلى أمثلة أخرى، كتدليس البائع عيب المبيع وهو يعلمه مع اشتراطه على المشتري أنه بريء من كل عيب يظهر في المبيع، فقد قدمنا أنه عند جمهور الفقهاء (غير الحنفية) يحكم بثبوت خيار العيب للمشتري، ويرد على البائع السيئ النية قصده الماكر.

٨١/١٠٩ ـ صيغة جديدة مقترحة لهذه القاعدة: يلاحظ في الأمثلة الأربعة المتقدمة أنه ليس في أي منها استعجال شيء قبل أوانه الشرعي كما صوَّرته القاعدة المذكورة. لكن هذه الأمثلة مع ما سبقها في الفقرة ٦٢ من هذا الفصل، تشترك جميعاً في وجود سوء نية من الشخص المتصرِّف، وفي عقوبته برد قصده عليه، فأوجب الفقه معاملته بنقيض ما قصده، حماية للأحكام الشرعية من أن يتلاعب بها المكلف، فيحولها عن مقاصدها التي شرعت لأجلها، ويسيء بذلك إلى غيره. وهذا في الحقيقة هو روح هذه القاعدة التي جاءت صياغتها قاصرة وأضيق من هدفها التشريعي الشامل.

ففي ضوء هذه الملاحظة والأمثلة والشواهد نقترح لهذه القاعدة إحدى الصيغتين التاليتين:

«يعامل السيئ النية في التصرُّف بنقيض قصده»، أو «من قصد بتصرفه غرضاً غير مشروع عومل بنقيض مقصوده».



الفصل الثاني والثمانون

نظرة تحليلية في قواعد الإثبات

المرجحات الابتدائية والمثبتات القضائية

٨٢/ ١ ـ غاية البيِّنة ومشروعيتها:

البيِّنة مشتقة من البيان وهو الظهور والوضوح.

ومعناها في العرف الشرعي **البرهان الخاص الحاسم** الذي يدعم دعوى المدَّعي.

ولذلك يقول الفقهاء: «البيِّنة كاسمها مبينة» وهي ثلاثة أقسام:

١ ـ **البيِّنة الشخصية**، وهي الشهادة بشرائطها المعروفة.

٢ ـ **الحجة الخطية**، وهي أنواع فصلتها المجلة في فصل خاص (م/ ١٧٣٦ ـ ١٧٣٨).

٣ ـ **القرينة القاطعة** المذكورة في المادة /١٧٤١/ من المجلة، وهي الأمارة البالغة حد اليقين، وقد تقدم بيانها في بحث القرائن من نظرية العرف (ر: ف ٧٥/ ٣).

فمن ذلك يتبيَّن أن البيِّنة أعم من الشهادة، فالشهادة فرد من أفراد البيِّنة.

بناء على ذلك نقول: حينما يختلف المدَّعي والمدَّعَى عليه لا بد في سبيل حسم القضية لمصلحة أحدهما على الآخر من **مستند يرجح زعم أحدهما**، وإلا فالترجيح بلا مرجح باطل.

وهذه المستندات نوعان: **مرجحات ابتدائية، ومثبتات**:

النوع الأول: المرجحات الابتدائية

فالمرجحات الابتدائية شيئان هما: ١ ـ **الأصل**، ٢ ـ **ودلالة الحال**، وكلاهما يسمى: **الظاهر الضعيف**، أي الذي لم يصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه. وإيضاح ذلك فيما يلي:

٢/٨٢ ـ الأصل:

فالأصل في اللغة هو أسفل الشيء وأساسه.

وفي اصطلاح الأثبات:

الأصل هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة إلى دليل خاص عليه، بل يعتبر مسلماً بنفسه.

ومنهم من يُعرِّف الأصل بأنه: **«ما يبني عليه غيره ولا يبنى هو على غيره»**.

وأمثله ذلك في الشرع كثيرة:

ـ فمنها قولهم: «الأصل في الأمور العارضة العدم، وفي الأمور الأصلية الوجود».

ومن شعب هذا الأصل أصول فرعية عديدة، منها أن «الأصل براءة الذمة»، وأن «الأصل سلامة المبيع من العيوب» ونحو ذلك، كما تقدم.

ـ وكذا قولهم: «الأصل حين الاختلاف في بطلان عقد وصحته أن يعتبر باطلاً، وحين الاختلاف في فساده وصحته أن يعتبر صحيحاً»، ذلك لأن الاختلاف في البطلان معناه النزاع في وجود العقد وعدمه، والعدم هو السابق المعهود، أما الاختلاف بالصحة والفساد فمعناه الطعن في سلامة العقد من الشوائب بعد تسليم وجوده وانعقاده، وإنَّ صفة السلامة من العلل هي الحالة الطبيعية الأصلية في الموجودات، كما سبق بيانه.

ـ وكذا قولهم: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، والأصل بقاء ما كان على ما كان» إلى غير ذلك، ككثير من القواعد المتقدمة المعتبرة أصولاً في الشرع، ومنها ما يكون متفرِّعاً عن أصل أعم منه وداخلاً في شموله.

٨٢/ ٣ ـ دلالة الحال:

وأما دلالة الحال فهي الأمارة القائمة التي تدل على شيء.

فالحالة التي تسمى «**الظاهر**» هي في نظر الفقهاء نوعان:

١ ـ ظاهر **ضعيف** لم يطرح معه احتمال خلافه كما سبق بيانه، من أصل أو دلالة حال، وهو المراد هنا بالمرجِّحات الابتدائية.

٢ ـ وظاهر **قوي**، وسيأتي الكلام عليه.

وأمثلة دلالة الحال كثيرة، وهي المعروفة بمسائل **تحكيم الحال**.

ـ وذلك كما لو زعم مستأجر الطاحون بعد انقضاء الإجارة أن الماء قد انقطع فتعطلت الرحى عن العمل وطلب إسقاط الأجرة، وزعم المؤجِّر عدم الانقطاع، ولا بيِّنة، فحينئذ يلتجىء القضاء إلى تحكيم الحال لترجيح أحد الزعمين: فإذا كان الماء منقطعاً حين الخصومة يترجح زعم المستأجر بالنسبة إلى الماضي، وإذا كان الماء جارياً حين الخصومة كان ظاهر الحال عدم الانقطاع بعد اتفاقهما على أنه كان جارياً عند العقد والتسليم، فيترجح زعم المؤجِّر ولا يسقط شيء من الأجرة حتى يثبت المستأجر الانقطاع (م/ ١٧٧٦)[1].

ـ وكذا لو أنفق الأب على نفسه من مال ابنه الذي عنده ثم اختلفا: فزعم الأب أنه أنفق وهو معسر مستحقٌّ للنفقة، فلا ضمان عليه، وزعم الابن أنه أنفق وهو موسر.

---

(١) أما إذا اتفقا على انقطاع الماء واختلفا في مقدار مدته فالقول للمستأجر بيمينه في زعم زيادة مدة الانقطاع.

فحينئذ يلجأ إلى تحكيم حال الأب في اليسار والإعسار حين الخصومة، فيرجح القاضي بناء على ذلك زعم من تشهد له الحال منهما ترجيحاً ابتدائياً إلى أن يثبت خلافه (ر: رد المحتار ٢/ ٦٨٥ أواخر النفقات).

والنظر الفقهي هنا هو أنه في مثل هذه المسائل توجد **قرائن قائمة فيها نوع دلالة**. فيلتجأ إليها مبدئياً عند فقدان البرهان المثبت.

بخلاف المسائل التي لا قرائن فيها كدعوى الدين، فإنها عند فقدان البيِّنة يلتجأ فيها إلى تلك الأصول للترجيح المبدئي، ككون الأصل براءة الذمة، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وغيرهما.

٨٢/ ٤ ـ هذه هي المرجِّحات الأوليَّة التي يترجَّح بها زعم أحد المتداعيين على الآخر، وهي: الظاهر الضعيف بنوعيه، من أصل أو دلالة حال.

ـ ومن المقرر فقهاً أنَّ الأمر الظاهر يصلح حجة **للدفع لا للاستحقاق**. فهو دليل كاف لإبقاء وضع حقوقي قائم، ودفع من يدعي خلافه دون إثبات. ولكن الظاهر ليس دليلاً كافياً للاستحقاق على الغير.

وعلى هذا الأساس تخرجت أحكام من أبواب شتى، منها **أحكام المفقود**.

فالمفقود يعتبر حَياً عملاً بظاهر الحال، وهو استصحاب حياته المتيقنة سابقاً. ذلك لأنَّ الأصل بقاء ما كان على ما كان كما تقدَّم. وهذا يكفي لمنع ورثته عن استحقاق تركته قبل ثبوت وفاته. ولكنه لا يكفي لأن يستحق هو ميراثاً من غيره إذا توفي أحد مورثيه بعد فقدانه، بل يوقف نصيبه الإرثي: فإن عاد حياً أخذه، وإلا رُدَّ إلى الورثة الذين كانوا يستحقونه على تقدير أنَّ المفقود ميت عند وفاة مورثه.

ـ على أنَّ لهذا المبدأ استثناءات في بعض فروع فقهية حكم فيها

الفقهاء بالاستحقاق استناداً إلى دلالة الظاهر. (ر: «الأشباه» لابن نجيم ١/ ١٠٤).

النوع الثاني: المثبتات

٨٢/ ٥ ـ أما المثبتات فأربعة أقسام متفاوتة الدرجات في القوة وهي:

١ ـ **الإقرار**.

٢ ـ **النكول**: أي استنكاف الخصم عن حلف اليمين الموجهة عليه من القاضي.

٣ ـ **البيِّنة بأنواعها الثلاثة المتقدمة**، وهي البيِّنة الشخصية (أي الشهادة)، والبيِّنة الخطية، والقرينة القاطعة.

٤ ـ **الظاهر القوي** الذي سنتكلم عنه، وهو في قوة القرينة القاطعة.

إذا تبيَّن ذلك نقول: قد تتعدد الأدلة المرجحة في القضية الواحدة، وتتعارض، فيكون بعضها شاهداً لأحد الخصمين وبعضها للآخر.

فالنظر الفقهي عندئذ في الترجيح يقوم على التفصيل التالي الذي تدل عليه فروع الأحكام:

٨٢/ ٦ ـ تعارض الأدلة القضائية:

أولاً: إذا تعارضت المرجحات الابتدائية بعضها مع بعض، بأن كان أحد المتداعيين يستند إلى أحدها، والآخر يستند إلى غيره ففي الترجيح تفصيل:

أ ـ فإن كان التعارض بين أصلين فإنه يرجح اعتبار الأصل الذي هو أكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوهره، أو تؤيده قواعد أخرى في موضوع القضية.

فمثلاً إذا تعارض أصل براءة الذمة مع غيره يرجح اعتبار براءة الذمة، لأنها أكثر قوة وثبوتاً.

مثال ذلك: مالو ادَّعى الوديع ردَّ الوديعة، وأنكر المالك المودِع ردَّها إليه، ولا بينة، فالقول الراجح قول الوديع، لأنَّ جوهر هذا النزاع يرمي إلى تضمين الوديع قيمة الوديعة بزعم أنه جحدها، أو إلى عدم تضمينه بزعم أنه ردها، وإن كان ظاهر النزاع منصباً على رد وديعة أو عدمه.

فبالنظر إلى جوهر النزاع، وباعتبار أنَّ العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ، يشهد للوديع أصل **براءة الذمة**.

وبالنظر إلى الصورة الظاهرة يشهد للمودع أنَّ الأصل عدم الرد لكونه عارضاً، والأصل في الأمور العارضة العدم.

فيرجح اعتبار أصل براءة الذمة هنا، لأنه هو الذي يتعلق به جوهر النزاع، ولأنه تؤيده أيضاً **قاعدة كون الأمين مصدَّقاً** في قوله، حتى يثبت تعديه أو تقصيره.

وهذا يفسر لنا أنَّ كثيراً من الفروع المستثناة من بعض القواعد المتقدمة إنما استثنيت منها لأنها أجدر بالتفريع على قاعدة أخرى.

ب ـ وإن كان التعارض بين الأصل ودلالة الحال ترجح دلالة الحال دائماً لأنها قرائن وشواهد قائمة تنبىء بحدوث أمر يغير حالة الأصل، فيكون بمثابة دليل على كذب تمسك من يتمسك بذلك الأصل.

مثال ذلك: فرع اختلاف الأب والابن في يسار الأب وإعساره حين إنفاقه على نفسه من مال ابنه كما تقدم.

فإنه إذا كان الأب حين الخصومة موسِراً كان هذا أمارة ظاهرة على صحة **دعوى** الابن، ويكون القول له في أنَّ أباه كان موسراً، فيضمن الأب ما أنفق على نفسه من مال ابنه مع أنَّ الأصل عدم اليسار.

وإذا كان الأب حين الخصومة معسِراً كان الأمر بالعكس، أي أنه يكون القول للأب عملاً بالأصل، لأنَّ الغنى أمر عارض.

فهنا حينما شهدت دلالة الحال للابن (حال يسار الأب حين الخصومة) رجحت على الأصل الذي يتمسَّك به الأب وهو عدم الغنى.

ـ وكذا يقال في كل فروع تحكيم الحال التي تسمى: مسائل **الاستصحاب المقلوب**.

وسمي **مقلوباً**، لأنَّ الاستصحاب العادي هو اعتبار الوجود الماضي منسحباً إلى الزمن الحاضر (ر: ف ٧/٨١) أما هذا ففيه اعتبار استناد الوجود الحاضر إلى الماضي.

فيَسَار الأب في حال الخصومة قد انسحب على الماضي لأنه اعتبر دليلاً على يساره حين الإنفاق.

ومثال ذلك يلحظ في قضية الاختلاف في انقطاع ماء الطاحون المتقدمة.

٧/٨٢ ـ ثانياً: أما إذا تعارض أحد المثبتات الأربعة المتقدمة مع أحد المرجحات الابتدائية، فلا شك أنه يصار إلى الدليل المثبت، لأنه برهان صريح على عدم صحة ما يتمسك به الطرف الآخر من أصل أو دلالة حال.

ـ وأمثلة ذلك مستفيضة، كما لو ادعى دائنٌ على مدين، فأنكر المدين الدينَ، فأقام المدعي بيِّنة، أو أقرَّ المدين، فإنه يحكم عليه.

ـ وكذا لو طلب المدعي تحليفه اليمين، فَنَكل المدَّعَى عليه عن الحلف فإنه يحكم عليه.

وذلك لأن كلاً من الإقرار والنكول والبيِّنة مرجِّحٌ نهائي يصار إليه لإدحاض دلالة الظاهر، وإثبات حدوث خلافه.

وعلى هذا الأساس وضعت القاعدة الفقهية القائلة: **«البيِّنة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»** (ف: ٨١/ ١٠٠).

٨/٨٢ ـ معنى كون «البينة لإثبات خلاف الظاهر»:

المراد من كلمة الظاهر في قاعدة: **«البيّنة لإثبات خلاف الظاهر»** هو الظاهر الضعيف المتقدم، من أصل أو دلالة حال.

ومعنى كون البينة تقام لإثبات خلاف الظاهر أنها تقام لإثبات خلاف ما تدل عليه **المرجحات الابتدائية**.

وهذه القاعدة علة ومستند للقاعدة القائلة: **البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر**.

وذلك لأنَّ المدعي يدَّعي ثبوت حق له على المدَّعى عليه. وهذا الحق أمرٌ عارض، فالأصل عدمه، ولا يثبت إلا بمثبت. فيكون القول للمدَّعَى عليه الذي يتمسك بالظاهر، ولكن يحتفظ للمدعي بحق إثبات نشوء ذلك الحق الذي يدعيه على خصمه.

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أنَّ الشهادة لا تقبل على **النفي المحض**، فلا تقبل الشهادة مثلاً على أن الوديع لم يرد الوديعة، أو أن هذا الشيء ليس لفلان، أو أنَّ فلاناً ليس بمدين لفلان، أو لم يفعل كذا.

وذلك لأنَّ النفي هو الأصل الظاهر، بمقتضى أنَّ الأصل في الأمور العارضة، هو العدم، فالبيِّنات إنما يحتاج إليها لإثبات خلافه؛ ولأن الشهادة على النفي **مجازفة ظاهرة الريبة**، فإنَّ الشهود لا يستطيعون الإحاطة بجميع الأوقات ليلاً ونهاراً، وقد يكون الأمر المشهود على نفيه قد حصل في وقت لم يطلعوا عليه.

لكن إذا كان النفي **محصوراً بوقت معيّن** تقبل الشهادة عليه، كما لو ادعى شخص على آخر أنه أقرضه مبلغاً في وقت، ومكان معينين، فأتى المدعى عليه بشهودٍ ثقاتٍ على أنه لم يكن في هذا المكان في ذلك الوقت (ر: م /١٦٩٩/ وشروحها)[١].

---

(١) يشترط الفقهاء في فروع الفقه الحنفي أن يكون عدد الشهود على النفي المحصور كبيراً بحيث يبلغ درجة التواتر، وبذلك جاءت المجلة، ولكن علماء أصول الفقه منهم لا يشترطون ذلك. بل يكتفون بنصاب الشهادة العادي، وهذا أوجه.

٨٢/ ٩ ـ وكون البينة لإثبات خلاف الظاهر هو المعقول، لأنَّ الظاهر ثابت بنفسه مع احتمال خلافه، فهذا الاحتمال يحتاج إلى مرجح، وذلك المرجح هو البيِّنة.

فمن كان الظاهر شاهداً لقوله لا يحتاج إلى سلاح آخر يدفع به خصمه، فيكلف خصمه حينئذ أن يأتي إن استطاع ببرهان أقوى من حجة خصمه لكي يثبت به تغيُّر حالة الأصل العامة التي تذرَّع بها خصمه للدفاع عن نفسه، ويؤكد حدوث خلافها.

وهذا يوجب أن تكون البينة ملقاة على عاتق المدَّعي المهاجِم، لا المدَّعى عليه المدافع.

وهذه قاعدة في الشرع سائدة، وقد تقبلتها الشرائع الوضعية الحديثة، وتطبق تطبيقاً عاماً في سائر الخصومات.

٨٢/ ١٠ ـ على أنه قد يوجد أحوال في الشرع يكون فيها القول والبينه كلاهما لأحد الطرفين، وذلك لعلل خاصة.

فمن هذا: ما لو زعم الوديع رد الوديعة، وكذبه المالك المودع، فإنَّ القول للوديع بيمينه كما تقدم آنفاً (ف ٨٢/ ٦). وكذلك قالوا: إنَّ البينة له أيضاً على الرد. لأنَّ الرد حادثة إيجابية خاضعة للإثبات، وهو يدّعيها. فيقبل منه إثباتها بالشهادة.

وفائدة البيِّنة منه عندئذ مع أنَّ القول له بلا بينة هي أن يدفع اليمين عن نفسه، إذ لا يبقى لليمين محل مع قيام البينة.

ـ وهكذا حكم كل أمين إذا ادعى رد الأمانة.

(ر: المجلة/ ١٧٧٤/ و«الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة» للحمزاوي أول مسائل الوديعة، وتنقيح الفتاوى الحامدية آخر كتاب الوديعة).

وهناك أمثلة أخرى نكتفي بهذا المثال المتقدم عنها[1].

ومما تقدَّم تتضح فلسفة الأدلة الشرعية، ومراتب المرجِّحات، وأحكام تعارضها، كما يتبين لنا: ما هي البينة، وما هو الأصل، وما هو الظاهر، وما هو خلاف الظاهر؟

نتيجتان

٨٢/ ١١ ـ يترتب على ما تقدم بيانه النتيجتان التاليتان:

النتيجة الأولى: البيِّنة إنما ترجَّح على الظاهر الضعيف دون القوي.

وبيان ذلك فيما يلي:

إنَّ الظاهر بحسب التعريف الذي عرفناه سابقاً نوعان:

الأول: الظاهر الضعيف الذي لم يصل في الظهورإلى درجة يطرح معها احتمال خلافه. وهذا الظاهر هو (الأصل، أو دلالة الحال) كما تقدم.

الثاني: الظاهر القوي الذي وصل في الظهور إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه. وهذا يكون قطعياً، حتى إنَّ الشهادة ـ التي يعتبر الشرع ما يثبت بها كأنه ثابت بالعيان ـ لا تقبل لإثبات خلافه.

ـ ومثال ذلك ما نقله العلامة ابن عابدين في باب الوصي من «التنقيح» أنَّ الوصي إذا ادعى أنه أنفق على الصغير في مدة يسيرة مبلغاً عظيماً يكذبه فيه الظاهر لا يصدق في ذلك، ولا تقبل له بينة عليه، إلا أن يبيِّن سبباً معقولاً، كسرقة أو حريق ونحو ذلك.

---

(١) يلحظ في هذا المقام أنَّ هذه المبادىء الفقهية المنظمة للإثبات والبينات قد أصبحت لدينا منسوخة كلها بقانون البينات الذي صدر في سوريه خلال الطبعة الثالثة من هذا المدخل. وبمقتضاه أصبح أمر البينة ونصابها والطرف المكلف بها ومن تقبل منه، وإقامتها على النفي أو الإثبات، وقبولها أو رفضها كله عائداً إلى تقدير الحاكم وقناعته.

وهذا تدبير سيىء النتائج جداً في حقوق الناس إذا عمل به هكذا على إطلاقه ما لم يكن للحكام طهر الملائكة وحكمة سليمان!!.

(ر: «التنقيح» ٢/ ٣٧١ نقلاً عن تلخيص الجامع الكبير للإمام محمد).

ـ وكذا لو ادَّعى أحد الفقراء الصعاليك المعروفين بالفاقة والعُدم على أحد الأغنياء مالاً جسيماً لا يعرف أنه أصاب في حياته ما يقرب منه لا تسمع دعواه، ولا تقبل بينة عليها. (ر: ف ٨١/ ١٧، وكتاب «جواهر الروايات في الدعاوى والبينات» للقاضي الشيخ محمد سليم البشتاوي ص ٢٨).

فالظاهر الذي هو من المرجحات الابتدائية هو ذلك الظاهر الضعيف.

النتيجة الثانية: البيِّنة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة.

الحجة المتعدية هي التي لا تقتصر قوتها الإثباتية على من أقيمت عليه، بل تتجاوزه إلى غيره.

فالبيِّنة حجة متعدية: أي أنها إذا أقيمت بالطريقة الشرعية المعتبرة تكون ملزمة لمن قامت عليه، وملزمة لغيره أيضاً من الناس.

بخلاف الإقرار فإنه لا يلزم إلا صاحبه المقر، لأنَّ المقر لا ولاية له إلا على نفسه، فله أن يلزم نفسه بما يشاء، وليس له سلطة على إلزام غيره.

وإنما كانت البيِّنة متعدية والإقرار قاصراً، لأنَّ من المحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث، فإن الإقرار إظهار وإخبار لا إنشاء؛ فهو لا يخرج عن كونه زعماً مجرداً من المقر لا دليل عليه.

أ ـ فمن حيث كونه زعماً من صاحبه يلزم به صاحبه، لأن للإنسان ولاية على نفسه، إذ يفرض أنَّ إقراره على نفسه أقوى وأكثر إثباتاً عليه من شهادة الشهود.

لكنه لا يملك أن يقر على غيره، ولا يسري إقراره على ذلك الغير إلا بإنابة منه وتوكيل.

ب ـ أما البيِّنة فإنها برهان يفرض فيه أن يكشف الواقع ويجلوه. والبرهان برهان بالنسبة إلى سائر الناس، كما أنَّ الواقع واقع بالنسبة إليهم جميعاً. فلا يمكن أن يعتبر الواقع موجوداً ثابتاً بالنسبة إلى شخص، ومعدوماً بالنسبة إلى آخر. فلذا كان الثابت بالبيِّنة يحتج به على سائر الناس.

١٢/٨٢ ـ من أمثلة ذلك: أنَّ من ادَّعى ملكية شيء في يد آخر، وأثبت دعواه بالبيِّنة يثبت ملكه حتى بالنسبة إلى من تلقى المدعى عليه الملك منه.

ويتفرع من ذلك أنه إذا اشترى إنسان شيئاً، ثم ظهر له مستحق يدعي أنه ملك له: فإذا صدقه المشتري المدعى عليه وأقرَّ له يؤمر بتسليمه للمدعي. وليس للمشتري عندئذ حق الرجوع على بائعه محتجاً بأنَّ المبيع ظهر له مستحق، وأن البائع قد باعه ما ليس ملكه. وذلك لأنَّ إقرار المشتري للشخص المستحق هو حجة قاصرة على نفسه بمقتضى أن الإنسان مؤاخذ بإقراره، فلا يسري إقراره هذا على بائعه الأصلي، ولا يكون حجة ملزمة له.

لكن إذا أنكر المشتري المدعى عليه ملك مدعي الاستحقاق، فأقام المستحق البينة على ملكه للمبيع الذي يدعيه، وحكم على المشتري بتسليمه إياه، تكون هذه البيِّنة سارية على البائع وملزمة له، ويكون للمشتري حينئذ حق الرجوع عليه بالثمن الذي دفعه إليه دون حاجة إلى إعادة إثبات استحقاق المبيع بمواجهته.

ـ ونظير ذلك أيضاً ما إذا ادعى غريم ديناً على التركة بحضور أحد الورثة، فإن أقرَّ الوارث بالدين على المورث يؤاخذ بإقراره. ولكن يكون إقراره قاصراً على نفسه، بمعنى أنَّ المدَّعي المُقَر له يأخذ من حصة الوارث

المقِر لا من حصة بقية الورثة؛ لأنَّ إقرار رفيقهم لا يسري عليهم.

ولكن إذا أثبت الغريم الدائن حقه الذي على الميت ببينة أقامها على أحد الورثة[1]، وقضي له استناداً إلى البينة، فإنه يستوفي دينه كله من التركة كلها ولو استغرق حصص الورثة جميعاً لأن بينته سَرَت عليهم.

ويستنتج من ذلك أنَّ الوارث إذا أقرَّ للمدعي بالدَّين الذي يدعيه على التركة كان للمدعي أن يطلب التمهل في الحكم حتى يقيم البينة. فإذا أقامها يحكم له بها لا بالإقرار، وذلك لكي تسري البيِّنة على بقية الورثة غير المقرين، فلا يحتاج إلى دعوى جديدة عليهم يثبت فيها حقه (مع أنَّ الإقرار بالنسبة إلى المقر يعتبر أقوى إلزاماً من البيِّنة، حتى قالوا: إنه أذا أقرَّ الخصم في الدعوى بعدما أقيمت عليه البيِّنة يقضى عليه بإقراره لا بالبينة).

٨٢/ ١٣ ـ الاستثناء:

على أنه يستثنى من قاعدة قصور الإقرار ما ذكره الفقهاء من أن الفتاة البكر البالغة إذا أقرَّ أبوها، أو أقرَّ جدها عند عدم الأب، بقبض مهرها حين تزويجها، فإنَّ إقراره يسري عليها ويثبت به القبض إن أنكرته هي فيما بعد (ر: الأحوال الشخصية لقدري باشا م/ ٩٥).

وهذا مبنيٌّ على أنَّ للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة، وأنَّ من ملك حق القبض ملك الإقرار به، كما تقدم في نظرية العرف.

هذا ما أردنا كشفه من مبادىء نظام الترجيح والإثبات القضائي في الفقه الإسلامي بهذه النظرة التحليلية العارضة بمناسبة القواعد المتعلقة بالإثبات.

---

(١) من المقرر فقهاً أنَّ أحد الورثة ينوب عن الباقين في كل ما يدعى به لحساب التركة أو عليها من حقوق كما في هذا المثال (ر: المجلة ١٦٤٢).



ملحق بالفصل الثاني والثمانين

مجموع قواعد المجلة
من أساسية وفرعية

مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها

١٤/٨٢ ـ كنا بينا أنَّ القواعد التسع والتسعين المتقدمة لم تتبع المجلة في سردها ترتيباً معيناً، وقد رتبناها نحن في عرضها وشرحها بحسب موضوعاتها ومعانيها، وقسمناها إلى أساسية وفرعية.

وقد لاحظنا أنَّ من يحتاج إلى مراجعة بعض هذه القواعد وما علقناه عليها قد يصعب عليه الاهتداء إلى موقعها في المجلة.

لذلك رأينا تسهيلاً لمراجعتها، أن نسرد فيما يلي نصوص تلك القواعد مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها بعد أداة التعريف.

وقد وضعنا بعد كل قاعدة منها رقمين بين قوسين:

ـ أولهما مقرون بحرف (م) إشارة إلى رقم المادة التي جاءت فيها هذه القاعدة من مجلة الأحكام العدلية.

ـ والثاني مقرون بحرف (ف) وهو رقم الفقرة التي جاءت فيها تلك القاعدة في كتابنا هذا (المدخل الفقهي العام).

وإلى القارى نصوص تلك القواعد بهذا الترتيب:

١ ـ الاجتهاد لا ينقض بمثله (م١٦/ف ٨١/٥٦).

٢ ـ الأجر والضمان لا يجتمعان (م٨٦/ ف ٨١/ ٨٤).

٣ ـ إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر (م٩٠/ ف ٨١/ ٩١).

٤ ـ إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (م٦٢/ ف ٨١/ ٥٤).

٥ ـ إذا تعارض المانع والمقتضي يقدّم المانع (م٤٦/ ف٨١/ ٢٧).

٦ ـ إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما (م٢٨/ ف٨١/ ٢٤).

٧ ـ إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل (م٥٣/ ف٨١/ ٧٣).

٨ ـ إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (م٦٢/ ف ٨١/ ٥٤).

٩ ـ إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (م٦١/ ف ٨١/ ٤٩).

١٠ ـ إذا زال المانع عاد الممنوع (م٢٤/ ف٨١/ ٥٨).

١١ ـ إذا سقط الأصل سقط الفرع (م٥٠/ ف ٨١/ ٧٠).

١٢ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها (م٣٧/ ف٨١/ ٣٧).

١٣ ـ الإشارات المعهودة للأخرس، كالبيان باللسان (م٧٠/ ف٨١/ ٤٢).

١٤ ـ الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (م١١/ ف٨١/ ١١).

١٥ ـ الأصل براءة الذمة (م٨/ ف ٨١/ ١٠).

١٦ ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان (م٥/ ف ٨١/ ٧).

١٧ ـ الأصل في الأمور العارضة العدم (م٩/ ف ٨١/ ٩).

١٨ ـ الأصل في الكلام الحقيقة (م١٢/ ف ٨١/ ٤٨).

١٩ ـ الاضطرار لا يبطل حق الغير (م/ ٣٣ ف ٨١/ ٣٤).

٢٠ ـ إعمال الكلام أولى من إهماله (م٦٠/ ف ٨١/ ٤٧).

٢١ ـ الأمر إذا ضاق اتسع (م١٨/ ف ٨١/ ٣١).

٢٢ ـ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل (م٩٥/ ف ٨١/ ٨٦).

٢٣ ـ الأمور بمقاصدها (م٢/ ف ٨١/ ٤).

٢٤ ـ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت (م٤١/ ف ٨١/ ٣٨).

٢٥ ـ البقاء أسهل من الابتداء (م٥٦/ ف ٨١/ ٦٤).

٢٦ ـ البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة (م٧٨/ ف ٨١/ ٩٩).

٢٧ ـ البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل (م٧٧/ ف ٨١/ ١٠٠).

٢٨ ـ البينة على المدعي والمين على من أنكر (م٧٦/ ف ٨١/ ١٠١).

٢٩ ـ التابع تابع (م٤٧/ ف ٨١/ ٦٦).

٣٠ ـ التابع لا يفرد بالحكم (م٤١/ ف ٨١/ ٦٨).

٣١ ـ تبدل سبب الملك كتبدل الذات (م٩٨/ ف ٨١/ ٧٦).

٣٢ ـ التصرف على الرعية منوط بالمصلحة (م٥٨/ ف ٨١/ ٩٤).

٣٣ ـ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص (م٤٥/ ف ٨١/ ٤٤).

٣٤ ـ الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان (م٧٥/ ف ٨١/ ٥٨).

٣٥ ـ الجواز الشرعي ينافي الضمان (م٩١/ ف ٨١/ ٨٠).

٣٦ ـ جناية العجماء جبار (م٩٤/ ف ٨١/ ٩٢).

٣٧ ـ الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة (م٣٢/ ف ٨١/ ٣٥).

٣٨ ـ الحقيقة تترك بدلالة العادة (م٤٠/ ف ٨١/ ٤٠).

٣٩ ـ الخراج بالضمان (م٨٥/ ف ٨١/ ٨١).

٤٠ ـ درء المفاسد أولى من جلب المنافع (م٣٠/ ف ٨١/ ٢٦).

٤١ ـ دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه (م٦٨/ ف ٨١/ ٩٦).

٤٢ ـ ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله (م٦٣/ ف ٨١/ ٥١).

٤٣ ـ الساقط لا يعود كما أن المعدوم لا يعود (م٥١/ ف ٨١/ ٥٦).

٤٤ ـ السؤال معاد في الجواب (م٦٦/ ف ٨١/ ٥٣).

٤٥ ـ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (م٢٧/ ف ٨١/ ٢٢).

٤٦ ـ الضرر لا يزال بمثله (م٢٥/ ف ٨١/ ٢١).

٤٧ ـ الضرر لا يكون قديماً (م٧/ ف ٨١/ ٢٩).

٤٨ ـ الضرر يدفع بقدر الإمكان (م٣١/ ف ٨١/ ١٩).

٤٩ ـ الضرر يزال (م٢٠/ ف ٨١/ ٢٠).

٥٠ ـ الضرورات تبيح المحظورات (م٢١/ ف ٨١/ ٣٢).

٥١ ـ الضرورات تقدر بقدرها (م٢٢/ ف ٨١/ ٣٣).

٥٢ ـ العادة محكَّمة (م٣٦/ ف ٨١/ ٣٦)

٥٣ ـ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (م٣/ ف ٨١/ ٥).

٥٤ ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر (م٤٢/ ف ٨١/ ٣٩).

٥٥ ـ الغُرم بالغُنم (م٨٧/ ف ٨١/ ٨٢).

٥٦ ـ قد يثبت الفرع دون الأصل (م٨١/ ف ٨١/ ٧١).

٥٧ ـ القديم يُترك على قدمه (م٦/ ف ٨١/ ٤٨).

٥٨ ـ الكتاب كالخطاب (م٦٩/ ف ٨١/ ٤١).

٥٩ ـ لا حجة مع الاحتمال الناشىء عن دليل (م٧٣/ ف ٨١/ ١٥).

٦٠ ـ لا حجة مع التناقض، لكن لا يختل معه حكم الحاكم (م٨٠/ ف ٨١/ ١٠٢).

٦١ ـ لا ضرر ولا ضرار (م١٩/ ف ٨١/ ١٨).

٦٢ ـ لا عبرة بالظن البين خطؤه (م٧٢/ ف ٨١/ ١٦).

٦٣ ـ لا عبرة للتوهم (م٧٤/ ف ٨١/ ١٤).

٦٤ ـ لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح (م١٣/ ف ٨١/ ١٢).

٦٥ ـ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص (م١٤/ ف ٨١/ ٥٥).

٦٦ ـ لا يتم التبرع إلا بالقبض (م٥٧/ ف ٨١/ ٧٥).

٦٧ ـ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي (م٩٧/ ف ٨١/ ٨٧).

٦٨ ـ لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه (م٩٦/ ف ٨١/ ٨٦).

٦٩ ـ لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان (م٦٧/ ف ٨١/ ١٣).

٧٠ ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (م٣٩/ ف ٨١/ ٤٦).

٧١ ـ ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه (م١٠/ ف ٨١/ ٨).

٧٢ ـ ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه (م١٥/ ف ٨١/ ٥٧).

٧٣ ـ ما جاز لعذر بطل بزواله (م٢٣ / ف ٨١/ ٥٩).

٧٤ ـ ما حرم أخذه حرم إعطاؤه (م٣٤/ ف ٨١/ ٦٠).

٧٥ ـ ما حُرم فعلهُ حرم طلبه (م٣٥/ ف ٨١/ ٦١).

٧٦ ـ المباشر ضامن وإن لم يتعمد (م٩٢/ ف ٨١/ ٨٩).

٧٧ ـ المتسبِّب لا يضمن إلا بالتعمد (م٩٣/ ف ٨١/ ٩٠).

٧٨ ـ المرء مؤاخذ بإقراره (م٧٩/ ف ٨١/ ٩٧).

٧٩ ـ المشقَّة تجلب التيسير (م١٧/ ف ٨١/ ٣٠).

٨٠ ـ المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (م٦٤/ ف ٨١/ ٥٠).

٨١ ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م٤٤/ ف ٨١/ ٤٥).

٨٢ ـ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (م٤٣/ ف ٨١/ ٤٣).

٨٣ ـ المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط (م٨٢/ ف ٨١/ ٧٧).

٨٤ ـ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة (م٣٨/ ف ٨١/ ١٧).

٨٥ ـ من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه (م٩٩/ ف ٨١/ ٦٢).

٨٦ ـ من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه (م١٠٠/ ف ٨١/ ٦٣).

٨٧ ـ من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته (م٤٩/ ف ٨١/ ٦٧).

٨٨ ـ المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة (م٨٤/ ف ٨١/ ٧٨).

٨٩ ـ النعمة بقدر النقمة، والنقمة بقدر النعمة (م٨٨/ ف ٨١/ ٨٣).

٩٠ ـ الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر (م٦٥/ ف ٨١/ ٥٢).

٩١ ـ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة (م٥٩/ ف ٨١/ ٩٣).

٩٢ ـ يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام (م٢٦/ ف ٨١/ ٢٥).

٩٣ ـ يختار أهون الشرين (م٢٩/ ف ٨١/ ٢٣).

٩٤ ـ يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر، ما لم يكن مجبراً (م٨٩/ ف ٨١/ ٨٨).

٩٥ ـ يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء (م٥٥/ ف ٨١/ ٦٥).

٩٦ ـ يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها (م٥٤/ف ٨١/ ٦٩).

٩٧ ـ يقبل قول المترجم مطلقاً (م٧١/ف ٨١/ ٩٥).

٩٨ ـ اليقين لا يزول بالشك (م٤/ف ٨١/ ٦).

٩٩ ـ يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان (م٨٣/ف ٨١/ ٧٩).



الفصل الثالث والثمانون

قواعد أخرى يحسن إلحاقها بالقواعد السابقة

مرتبة على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها

٨٣/ ١ ـ هناك بعض قواعد كلية أخرى جديرة بأن تلحق بالقواعد التسع والتسعين التي تقدم بيانها وشرحها، جمعناها من مناسباتها المختلفة في الكتب الفقهية، وبعضها عبارات مأثورة عن بعض كبار الأئمة الفقهاء خليقة بالتقعيد، ومنها ما قد تقدم ذكره في مناسبات سلفت من هذا المدخل.

وقد رأينا أن نختم تلك القواعد السابقة بها، فنذكرها سرداً دون شرح إلا بعض تعليقات يسيرة أحياناً، مع الإحالة على أماكن وجودها في هذا المدخل أو سواه.

وسنسردها فيما يلي مرتبة على ترتيب حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها، تسهيلاً لمراجعتها وهي:

٨٣/ ٢ ـ ١ ـ «الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة» (ر: ف ٤٦/ ١٧ والمجلة / ١٤٥٣).

٨٣/ ٣ ـ ٢ ـ «الأصل في الأشياء الإباحة».

الأشباه ١/ ٩٧، وقواعد الحمزاوي في مسائل الحظر والإباحة ص ٢٨٤ ورد المحتار ١/ ٧ و٣/ ٢٤٤ (أول باب استيلاء الكفار) و٤/ ١٧٦ (أول باب الربا).

٨٣/ ٤ ـ ٣ ـ «الأصل في العقد رضا المتعاقدين، ونتيجته هي ما التزماه بالتعاقد».

من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية. وقد تقدم في بحث سلطان الإرادة العقدية (ر: ف ٤٢/ ٢٢).

ويقابل هذه القاعدة في الفقه الأجنبي المبدأ القانوني الذي جاءت به المادة /١١٣٤/ من القانون المدني الفرنسي القائلة: «الاتفاقات المعقودة على الوجه المشروع تقوم مقام القانون في حق عاقديها».

ويعبر عنه القانونيون العرب بقولهم **«العقد شريعة المتعاقدين»**. وبهذا النص جاءت المادة /١٤٨/ من القانون المدني السوري.

٨٣/ ٥ ـ ٤ ـ «الأمين مصدَّق باليمين» (ر: المجلة / ١٧٧٤).

٨٣/ ٦ ـ ٥ ـ «الإنفاق بأمر القاضي كالإنفاق بأمر المالك» (ر: قواعد الحمزاوي مسائل اللقطة ص/ ٢٨٢).

وذلك كمن أنفق على اللقطة بأمر القاضي، فلا يكون متبرعاً بل يحق له الرجوع على مالكها متى ظهر.

وكذا المال المشترك القابل للقسمة إذا أنفق عليه أحد الشركاء بأمر القاضي.

٨٣/ ٧ ـ ٦ ـ «إنما يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام غيره».

(ر: م/ ١٧٧٤/ ، وقواعد الحمزاوي في مسائل الوصايا، ص / ٣٣٥).

٨٣/ ٨ ـ ٧ ـ «الباطل لا يقبل الإجازة» (ر: ف ٥٣/ ١٠).

٨٣/ ٩ ـ ٨ ـ «التعليق على كائن تنجيز».

(ر: ف ٤٣/ ٥ وقواعد الحمزاوي، مسائل الوقف، ص /٢٣٨).

٨٣/ ١٠ ـ ٩ ـ «الجهل بالأحكام في دار الإسلام ليس عذراً».

فمن باشر عملاً مدنياً أو جنائياً، ثم أراد التخلص من المسؤولية بحجة جهلة الحكم الشرعي المرتّب على هذا الفعل فجهله لا يعفيه من النتائج المدنية ـ أي المالية ـ مطلقاً. أما النتائج الجزائية فللجهل فيها إذا تحقق تأثير ضمن حدود تعرف في مواطنها من مباحث العقوبات.

وهذه أيضاً قاعدة تتبناها النظريات القانونية الحديثة، فإنَّ من المقرر فيها أنَّ الجهل بالقانون ليس عذراً، لأنَّ الرعية مكلفة أن تعلم به بعد إعلانه، وإلا لتذرع كل إنسان بالجهل للتخلُّص من طائلة القانون.

ويستثنى من هذه القاعدة ما إذا تكلم الإنسان بما يكفر جاهلاً أنه مكفر، فإنه لا يحكم عليه بالكفر.

(ر: خاتمة «مجامع الحقائق» للخادمي، وقواعد الحمزاوي مسائل التعزير، ص/٣٢٢، ومسائل السيَر ـ أي الجهاد ـ ص/٣٤٦).

٨٣/ ١١ ـ ١٠ ـ «الحق لا يسقط بالتقادم» (ر: م/ ١٦٧٤و ف ٢٣/ ٤).

٨٣/ ١٢ ـ ١١ ـ «الحكم يدور مع علته».

فيثبت بثبوتها، وينتفي بانتفائها (ر: ف ١٢/٦٩ و ٤/٧٣ و ٩/٧٣).

هذه القاعدة كثيرة الدوران على ألسنة الفقهاء وأقلامهم في مقام التعليل (ر: رسالة «تعليل الأحكام» للأستاذ محمد مصطفى شلبي، ص/ ٣٨ و٤٢و٣١٠)[1].

٨٣/ ١٣ ـ ١٢ ـ «خطأ القاضي في بيت المال».

(قواعد الحمزاوي مسائل الحدود، ص/٣١٩).

وذلك كما لو قضى القاضي بالقصاص وتمَّ التنفيذ، ثم تبيَّن أنَّ القاتل

---

(١) هذه رسالة نال بها مؤلفها الفاضل درجة «أستاذ في الفقه الإسلامي» من كلية الشريعة في الأزهر، وطبعت في مطبعة الأزهر سنة /١٩٤٩/م واطلعنا عليها في ختام الطبعة الثالثة من هذا المدخل فوجدناها رسالة قيمة من خير ما يكتب في موضوعها الجليل.

غير المقضي عليه، فبيت المال يضمن الدية (ر: الدر المختار ورد المحتار).

وهذا مبدأ تبنته النظريات الحديثة في مسؤولية الدولة مدنياً عن أخطاء عمالها في عملهم الحكومي، إذا لم يتعمدوا الإساءة، فإن تعمدوا كانوا هم الضامنين.

٨٣/ ١٤ ـ ١٣ ـ «الخيانة لا تتجزأ».

فلو أنَّ الوصي على عدة تركات، أو المتولي على عدة أوقاف خان في أحدها وجب عزله من جميعها (ر: تنقيح الفتاوى الحامدية، الباب الثامن من الوقف ١/ ٢٠٤).

٨٣/ ١٥ ـ ١٤ ـ «شرط الواقف كنص الشارع».

(مجامع الحقائق، وقواعد الحمزاوي مسائل الوقف ص/ ٢١٤).

وهذا التشبيه بنص الشارع إنما هو من ناحيتين:

١ ـ أنه يتبع في فهم شرط الواقف وتفسيره القواعد الأصولية التي يجب تحكيمها في تفسير نص الشارع.

٢ ـ أنه يجب احترامه وتنفيذه كوجوب العمل بنص الشارع، لأنه صادر عن إرادة محترمة، نظير الوصية.

وهذا ليس على إطلاقه، فإنَّ شروط الواقفين ثلاثة أنواع:

نوع باطل لا يعمل به؛ ونوع صحيح محترم ولكن تجوز مخالفته عند الاقتضاء، ونوع محترم مطلقاً لا تجوز مخالفته بحال. وهذا هو الذي تطبق عليه هذه القاعدة.

وقد أوضحنا هذه الأنواع الثلاثة وأمثلتها في كتابنا «أحكام الأوقاف» الجزء الأول ف/١٥١ ـ ١٦٥/ فليرجع إليه.

٨٣/ ١٦ ـ ١٥ ـ «الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق».

وكذا قولهم: «الاستصحاب يصلح للدفع لا للاستحقاق» فإنَّ الاستصحاب هو من قبيل الظاهر (ر: ف ٨٢/ ١٢، والأشباه لابن نجيم ١/ ١٠٤).

٨٣/ ١٧ ـ ١٦ ـ «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

هذه القاعدة نص حديث نبوي كما تقدم (ر: ف ١٠/ ٢ و٨١/ ٨٧).

٨٣/ ١٨ ـ ١٧ ـ «غرض الواقف مخصِّص لعموم كلامه».

(قواعد الحمزاوي، مسائل الوقف، ص / ٢٢٧).

استوفينا الكلام على غرض الواقف في كتابنا «أحكام الأوقاف»، ف / ١٩٢ ـ ١٩٥/ (وانظر القاعدة المتقدمة ف ٨٣/ ١٥).

٨٣/ ١٩ ـ ١٨ ـ «القول للقابض في مقدار المقبوض».

٨٣/ ٢٠ ـ ١٩ ـ «كل شرط يخالف أصول الشريعة باطل».

(هذا معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» (ر: ف ٤١/ ٧).

٨٣/ ٢١ ـ ٢٠ ـ «كل شهادة تضمَّنت جرَّ مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد» (قواعد الحمزاوي. مسائل الشهادات ص/ ١٢٠).

٨٣/ ٢٢ ـ ٢١ ـ «كل ما جاز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم بالشرط».

(ابن القيم، ر: ف ٤٢/ ٢١).

٨٣/ ٢٣ ـ ٢٢ ـ «كل مالك ملزم بنفقة مملوكه».

(قواعد الحمزاوي، مسائل القسمة، ص/ ١٦١).

٨٣/ ٢٤ ـ ٢٣ ـ «كل من أدى حقاً عن الغير بلا إذن أو ولاية فهو متبرع، ما لم يكن مضطراً». (ر: قواعد الحمزاوي، مسائل الشركة، ص/ ٣٥٦).

٨٣/ ٢٥ ـ ٢٤ ـ «لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت».

(الإمام أبو يوسف في كتاب الخراج. ر: ف ٨٠/ ١).

٨٣/ ٢٦ ـ ٢٥ ـ «ليس لأحد تمليك غيره بلا رضاه».

ولذا يرتد الإبراء وتبطل الهبة برد المدين والموهوب له، ويبطل الوقف على شخص معين برد الموقوف عليه. وكذا الوصية إذا كان الرد بعد وفاة الموصي (ر: ف ٤٦/ ٢٧).

وهذا حكم التمليك من قبل شخص: أما التمليك بحكم الشرع فلا يشترط فيه الرضا، كما في الإرث والتولد من المملوك (ر: ف ٢٣/ ٩).

٨٣/ ٢٧ ـ ٢٦ ـ «ليس لعرق ظالمٍ حق».

هذا جزء من حديث نبوي نصه: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والنسائي والترمذي، ويحيى بن آدم في كتاب الخراج، وأبو عبيد القاسم بن سَلاَّم في بحث إحياء موات الأرض من كتابه «الأموال» (ر: الأموال ف/ ٧٠٢ص/ ٢٨٦).

والعرق هو أحد عروق الشجر، ووصفه بالظلم مجاز،والمراد ظلم صاحبه كما في «النهاية» لابن الأثير، مادة «عرق».

وهذا الحديث أساس في أنَّ العدوان لا يكسب المعتدي حقاً، فمن غصب أرضاً فزرع فيها أو غرس أو بنى لا يستحق تملكها بالقيمة، أو البقاء فيها بأجر المثل. ويقاس على الأرض غيرها من المغصوبات.

٨٣/ ٢٨ ـ ٢٧ ـ «ما تشترط فيه عدة شرائط ينتفي بانتفاء إحداها».

فلا يثبت الأمر المشروط ما لم توجد جميع شرائطه (ر: ف ٢٨/ ٥).

٨٣/ ٢٩ ـ ٢٨ ـ «مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب» (ر: ف ٦٤/ ٢).

٨٣/ ٣٠ ـ ٢٩ ـ «ما وَجَب أداؤه فبأيِّ طريق حَصَل كان وفاء».
صيغة هذه القاعدة في «تأسيس النظر» للدبوسي ص/ ٦١ هكذا:

«الأصل عندنا أن كل فعل استحق فعله على جهة بعينها، فعلى أيِّ وجه حصل كان من الوجه المستحق عليه، كرد الوديعة والغصب» اهـ.

وقد صغناها نحن بالصيغة التي أثبتناها.

فلو أودع الغاصبُ المغصوبَ عند مالكه برىء. وكذا لو باعه إياه بيعاً، فينتقل حق المالك إلى استرداد الثمن. وكذا لو غصب الوديع الوديعة أو المستعير العارية ثم رهنها عند المالك في مقابل قرض أخذه منه، فإنهما يبرآن من الغصب.

٨٣/ ٣١ ـ ٣٠ ـ «مقاطع الحقوق عند الشروط».

هذه كلمة تقدمت قالها عمر بن الخطاب رضي الله عنه (ر: ف٤٢/ ١٣).

٨٣/ ٣٢ ـ ٣١ ـ «الوكيل مع الأصيل كالشخص الواحد» (قواعد الحمزاوي مسائل الدعوى ص/ ٨٧).

٨٣/ ٣٣ ـ هذا آخر ما قصدنا إلى وضعه في هذا الجزء الذي به يكمل **«المدخل الفقهي العام»**، بجزئيه الأول والثاني من سلسلة **«الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد»** قد تمَّ والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

ورجائي من الله سبحانه أن يوفقني لإتمام السلسلة في الأجزاء التالية، إنه وليُّ التوفيق.

قائمة فهارس الكتاب

(الجزءان الأول والثاني)

ملاحظات وإيضاحات[1]

١ ـ الأرقام في هذا الفهرس للفقرات لا للصفحات.

٢ ـ اعتبرنا في الترتيب جميع حروف الكلمة من أصول وزوائد سوى أداة التعريف، فإنا نهملها ونعتبر ما بعدها.

٣ ـ المباحث التي في الحاشية مميزة بوضع حرف (ح) عن شمال الرقم.

٤ ـ عند تعدد أرقام البحث نضع بين قوسين الأرقام الدالة على الموطن الأصلي للبحث المطلوب.

٥ ـ أوردنا القواعد الكلية تحت اللفظ الأساسي فيها، وميَّزنا كل قاعدة بنجم عن يمينها (*).

٦ ـ أمثلة إيضاحية للفهرس.

الإجازة	٣٨/٥ و ٩ ـ ١٠	الفصل ٣٨ الفقرة ٥ والفقرات ٩ إلى ١٠
البطلان	**تعريفه:** ٥١/٢، ٥٥/٤ح	**تعريفه:** في الفصل ٥١ ف٢ والفصل ٥٥ ف٤ في الحاشية
البطلان	**نتائجه:** ٥٣/١، نظريته ٥١/١ ـ ٥٣/١٢	**نتائجه:** في الفصل ٥١ الفقرات ١ وما بعدها، ونظريته: من الفصل ٥١ ف١ إلى الفصل ٥٣ ف١٢
بيت المال	* خطأ القاضي في بيت المال ٨٣/١٣	النجم يشير إلى أن هذه قاعدة فقهية في الفصل ٨٣ ف١٣

---

(١) انطلقنا في إعداد هذا الفهرس من الفهرس المميز الذي كان أعدّه لطبعةٍ سابقة الزميل الدكتور ماجد الحلواني، رحمه الله وأجزل مثوبته.

(١)
فهرس هجائي للمباحث والمسائل

ـ أ ـ

ـ ط ـ

ـ غ ـ

— هـ —

(٢)
فهرس الأعلام

لأهم الأشخاص الذين ورد ذكرهم في هذا المدخل بمناسبة رأي لهم أو حادثة على ترتيب أوائل أسمائهم المشهورة من علم أو كنية أو لقب

الفقرة

(٣)
ثبت بأهم المراجع

التي نقلنا عنها في هذا المدخل أو أحلنا عليها فيه[1]

١ ـ القرآن الكريم وتفاسيره

١ ـ أحكام القرآن ـ لأبي بكر أحمد الجصاص الرازي الحنفي (٣٧٠) هـ.

٢ ـ أحكام القرآن ـ لأبي بكر محمد بن العربي المالكي (٥٤٣) هـ.

٣ ـ تفسير القرآن ـ لعماد الدين إسماعيل بن كثير (٧٤٤) هـ.

٤ ـ الكشاف ـ لمحمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨) هـ.

٥ ـ مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) ـ لفخر الدين محمد الرازي (٦٠٦)هـ.

٢ ـ كتب الحديث النبوي وشروحه

٦ ـ أقضية رسول الله ﷺ ـ لمحمد بن فرج القرطبي المالكي (٤٩٧) هـ.

٧ ـ تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج ـ لعمر بن علي المعروف بابن الملقن (٨٠٤) هـ.

٨ ـ الترغيب والترهيب ـ للحافظ عبد العظيم المنذري (٦٥٦) هـ.

٩ ـ التلخيص الحبير ـ للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢)هـ.

١٠ ـ الجامع الصحيح (صحيح البخاري) ـ للإمام محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦)هـ.

١١ ـ عمدة القاري شرح صحيح البخاري ـ لبدر الدين محمود العيني الحنفي (٨٥٥) هـ.

١٢ ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري ـ لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢) هـ.

١٣ ـ الجامع الصحيح (صحيح مسلم) ـ للإمام مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١) هـ.

١٤ ـ الجامع الصغير ـ لجلال الدين السيوطي (٩١١) هـ.

١٥ ـ جامع العلوم والحكم، للحافظ ابن رجب الحنبلي (٧٩٥) هـ مؤسسة الرسالة.

---

(١) صنفنا هذه المراجع إلى /١٣/ زمرة بحسب موضوعاتها، ورتبنا كتب كل زمرة بحسب أوائل أسمائها، إلا ما كان شرحاً لغيره فاتبعناه به.

والرقم الذي يلي الاسم بين قوسين هو لسنة وفاة المؤلف بالتاريخ الهجري.

١٦ـ ١٩ ـ كتب السنن الأربعة: لأبي داود، وابن ماجه، والترمذي، والنسائي.

٢٠ ـ الموطأ ـ للإمام مالك بن أنس الأصبحي إمام المذهب المالكي (١٧٩) هـ وشرحه تنوير الحوالك ـ لجلال الدين السيوطي.

٢١ ـ نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ـ لجمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢) هـ.

٢٢ ـ رياض الصالحين ـ للإمام الحافظ يحيى بن شرف النووي (٦٧١)هـ.

٣ ـ كتب أصول الفقه

٢٣ ـ أصول الإمام فخر الإسلام البزدوي الحنفي (٤٨٢)هـ.

٢٤ ـ شرحه كشف الأسرار ـ للشيخ عبد العزيز البخاري (٧٣٠) هـ.

٢٥ ـ أصول الفقه ـ للشيخ محمد الخضري (١٣٤٥) هـ (الطبعة الأولى).

٢٦ ـ تنقيح الفصول ـ لشهاب الدين أحمد القرافي المالكي (٦٨٤) هـ.

٢٧ ـ التحرير ـ للكمال ابن الهمام الحنفي (٨٦١) هـ.

٢٨ ـ شرحه التقرير والتحبير ـ للقاضي محمد بن أمير الحاج الحنفي (٨٧٩) هـ.

٢٩ ـ المستصفى ـ للإمام أبي حامد محمد الغزالي (٥٠٥) هـ الطبعة الأولى الأميرية.

٣٠ ـ منار الأنوار ـ لحافظ الدين النسفي (٧١٠) هـ.

٣١ ـ شرح المنار ـ لعبد اللطيف ابن الملك.

٣٢ ـ الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق إبراهيم الشاطبي (٧٩٠) هـ طبعة المطبعة الرحمانية بتعليقات الشيخ عبد الله دراز.

٤ ـ كتب الفقه الحنفي

٣٣ ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ـ لقدري باشا المصري (١٣٠٦) هـ.

٣٤ ـ أدب الأوصياء ـ للفضيل ابن علي الجمالي البكري المطبوع بهامش جامع الفصولين.

٣٥ ـ الإسعاف في أحكام الأوقاف ـ لبرهان الدين إبراهيم بن موسى الطرابلسي (٩٢٢) هـ طبعة بولاق سنة/ ١٢٩٢ هـ.

٣٦ ـ الأشباه والنظائر ـ لزين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠) هـ.

٣٧ ـ شرح الأشباه «غمز عيون البصائر» ـ لأحمد بن محمد الحموي (   ) هـ.

٣٨ ـ أصول استماع الدعوى ـ للعلامة علي حيدر، ترجمة الأستاذ فائز الخوري.

٣٩ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ للإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني (بالسين المهملة أو بالشين المعجمة) (٥٨٧) هـ.

٤٠ ـ البحر الرائق ـ لزين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠) هـ.
٤١ ـ بهجة المشتاق لأحكام الطلاق ـ محمد بن عبد الرحمن الحلاوي المصري.
٤٢ ـ تأسيس النظر ـ للإمام أبي زيد عبيد الله الدبوسي (٤٣٠) هـ.
٤٣ ـ تبيين الحقائق ـ لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣) هـ.
٤٤ ـ تنقيح الفتاوى الحامدية ـ للعلامة محمد أمين بن عابدين، طبعة الكاستلية.
٤٥ ـ جامع أحكام الصغار ـ للإمام محمد بن محمود الأستروشني (٦٣٢) هـ.
٤٦ ـ جامع الفصولين ـ لبدر الدين محمود بن إسماعيل المشهور بابن قاضي سماوة (٨٣٢) هـ. طبعة الأزهرية التي بهامشها جامع أحكام الصغار وأدب الأوصياء.
٤٧ ـ جواهر الروايات في الدعاوى والبيِّنات ـ للقاضي الشيخ محمد سليم البشتاوي.
٤٨ ـ الجوهرة شرح مختصر القدوري ـ لأبي بكر بن علي الحدادي (٨٠٠) هـ.
٤٩ ـ الخراج ـ للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم صاحب أبي حنيفة (١٩٢) هـ.
٥٠ ـ الدرر شرح الغرر ـ للقاضي محمد بن فراموز منلاخسرو (٨٨٥) هـ. طبعة أحمد كامل في اسطنبول سنة/ ١٣٢٩.
٥١ ـ ٥٢ ـ الدر المختار لمحمد علاء الدين الحصكفي، وحاشيته رد المحتار للعلامة محمد أمين ابن عابدين، الطبعة الأولى الأميرية ذات القطع الكبير سنة/ ١٢٧٢هـ، وتكملتها «قرة عيون الأخيار» لابنه الشيخ علاءالدين، طبعة الميمنية.
٥٣ ـ رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، لابن عابدين في مجموع رسائله.
٥٤ ـ ٥٥ ـ السراجية (أو الفرائض السراجية) ـ لسراج الدين محمد بن محمد السجاوندي. وشرحها للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني (٨١٤) هـ.
٥٦ ـ شرح القواعد الكلية ـ لوالدي الشيخ أحمد ابن الشيخ محمد الزرقاء (١٣٥٧)هـ مطبوع في دار القلم دمشق.
٥٧ ـ الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة (أو ترجيح البينات) ـ للعلامة الشيخ محمود حمزة الحمزاوي (١٣٠٥) هـ.
٥٨ ـ الفتاوى البزازية ـ لحافظ الدين محمد المعروف بابن البزاز الكردري (٨٢٧) هـ.
٥٩ ـ الفتاوى الخانية ـ للإمام فخر الدين حسن الأوزجندي المعروف بقاضي خان (٥٩٢)هـ.

٦٠ ـ الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية ـ للشيخ محمود الحمزاوي.
٦١ ـ القول الحسن في جواب القول لمن؟ ـ لعطاء الله بن نوعي (١٠٣٨) هـ. طبعة المطبعة الحجرية / ١٢٧٦هـ.
٦٢ ـ المبسوط ـ لشمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي (٤٨٣)هـ.
٦٣ ـ مجامع الحقائق ـ لمحمد أبي سعيد الخادمي.
٦٤ ـ مجلة الأحكام الشرعية (وهي القانون المدني الشرعي في المملكة العثمانية).
٦٥ ـ مرآة المجلة ـ للفقيه مسعود أفندي مفتي قيصرية.
٦٦ ـ شرح المجلة ـ للعلامة الشيخ خالد الأتاسي.
٦٧ ـ شرح المجلة ـ للأستاذ سليم رستم الباز (١٣٣٨) هـ.
٦٨ ـ شرح المجلة ـ للعلامة علي حيدر (تعريب الأستاذ فهمي الحسيني).
٦٩ ـ مرشد الحيران ـ للعلامة الفقيه محمد قدري باشا المصري (١٣٠٦) هـ.
٧٠ ـ معين الحكام ـ لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤) هـ.
٧١ ـ الهداية ـ لبرهان الدين علي المرغيناني (٥٩٣) هـ. طبعة الميمنية سنة / ١٣١٩هـ التي معها الشروح التالية:
٧٢ ـ العناية شرح الهداية ـ لأكمل الدين محمد البابرتي (٧٨٦) هـ.
٧٣ ـ فتح القدير شرح الهداية ـ لكمال الدين بن الهمام (٨٦١) هـ وتكملته.
٧٤ ـ الكفاية شرح الهداية ـ لجلال الدين الخوارزمي الكرلاني.

٥ ـ كتب فقه المذاهب الأخرى، والفقه المقارن

٧٥ ـ الأحكام السلطانية ـ لأبي الحسن علي الماوردي الشافعي (٤٥٤) هـ.
٧٦ ـ الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ـ لشهاب الدين أحمد القرافي المالكي (٦٨٤) هـ.
٧٧ ـ الأشباه والنظائر ـ لجلال الدين السيوطي الشافعي (٩١١) هـ طبع مكة.
٧٨ ـ إعلام الموقعين ـ لشمس الدين محمد بن قيم الجوزية (٧٥١) هـ.
٧٩ ـ الأم في مذهب الشافعي ـ للإمام الشافعي (٢٠٤) هـ.
٨٠ ـ الإنصاف ـ لعلاء الدين علي بن سليمان المقدسي الحنبلي (مخطوط).
٨١ ـ ٨٢ ـ أنوار البروق في الفروق (أو كتاب الفروق) ـ لشهاب الدين القرافي المالكي (٦٨٤) هـ طبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة / ١٣٤٧هـ وحاشيته «إدرار الشروق» للقاسم بن عبد الله الشهير بابن الشاط (٧٢٣) هـ وتنقيحه المسمى «تهذيب الفروق» لمحمد علي بن حسين المكي المالكي.

٨٣ - بداية المجتهد - للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رُشد الحفيد (٥٩٥) هـ طبعة الجمالية بمصر سنة ١٣٢٩هـ.

٨٤ - تَبْصرة الحكام - لبرهان الدين إبراهيم الشهير بابن فرحون اليعمري المالكي (٧٩٩) هـ.

٨٥ - درة الغواص في محاضرة الخواص - لابن فرحون المالكي، تحقيق وتعليق د. محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ. القاهرة، دار التراث ١٩٨٠.

٨٦ - رسالة الأهلية وعوارضها والولاية - للعلامة المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم أستاذ الشريعة في كلية الحقوق بجامعة القاهرة (١٣٦٤) هـ.

٨٧ - رسالة العقود والشروط - للعلامة المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم أيضاً.

٨٨ - السياسة الشرعية - للأستاذ الشيخ عبد الوهاب الخلاف أستاذ الشريعة في كلية الحقوق بجامعة القاهرة.

٨٩ - الشافي شرح المقنع (أو الشرح الكبير) - لشمس الدين عبد الرحمن بن محمد الشهير بابن قدامة المقدسي (٦٨٢) هـ المطبوع مع المغني بمطبعة المنار.

٩٠ - شرح الأزهار في فقه الشيعة الزيدية.

٩١ - شرح المنظومة الرحبية في الفرائض على المذهب الشافعي لمحمد بن أحمد السبط المارديني (٨٠٩) هـ.

٩٢ - الشريعة الإسلامية وحقوق الأسرة فيها، لمصطفى أحمد الزرقا ضمن كتاب (الثقافة الإسلامية والحياة المعاصرة) تحرير الأستاذ محمد خلف الله، مؤسسة فرانكلين، القاهرة - نيويورك، ط ثانية ١٩٦٢ م.

٩٣ - فتاوى شيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس أحمد الشهير بابن تيمية (٧٢٨) هـ.

٩٤ - ٩٥ - الفروع - لمحمد بن مفلح الحنبلي، وحاشيته «تصحيح الفروع» لعلي المقدسي، طبعة المنار.

٩٦ - الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري (١٣٦٠) هـ.

٩٧ - قاعدة العقود - لابن تيمية مخطوط، ثم طبع أخيراً في مصر تحت اسم «نظرية العقد».

٩٨ - القواعد - لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥) هـ.

٩٩ - قواعد الأحكام - لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي (٦٦٠) هـ.

٩٩ - الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر النمري القرطبي (٤٦٣) هـ، دار الكتب العلمية - بيروت. .

١٠٠ ـ كشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، شرح الإقناع (١٠٥١) هـ.
١٠١ ـ مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ لأحمد بن عبد الله القاري ـ تحقيق عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم علي، مكتبة تهامة.
١٠٢ ـ المدوَّنة في مذهب الإمام مالك.
١٠٣ ـ معالم القربة في أحكام الحسبة ـ لمحمد بن محمد المعروف بابن الإخوة الشافعي (٧٢٩) هـ (مطبعة دار الفنون في كمبردج).
١٠٤ ـ المغني شرح مختصر الخرقي ـ لموفق الدين عبد الله بن أحمد الشهير بابن قدامة الحنبلي المقدسي (٦٢٠) هـ المطبوع مع الشرح الكبير بمطبعة المنار.
١٠٥ ـ نظام النفقات في الشريعة الإسلامية ـ للعلامة المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم.
١٠٦ ـ نهاية المحتاج شرح منهاج النووي ـ لشمس الدين الرملي الشافعي (١٠٠٤)هـ.

٦ ـ كتب تاريخ التشريع والفقه الإسلامي

١٠٧ ـ تاريخ التشريع الإسلامي ـ للأساتذة: السبكي والسايس والبربري، المدرسين في كلية الشريعة بالأزهر.
١٠٨ ـ تاريخ التشريع الإسلامي ـ للشيخ محمد الخضري.
١٠٩ ـ نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي ـ لعلي حسن عبد القادر الأستاذ في كلية الشريعة بالأزهر.

٧ ـ مؤلفات عصرية في الشريعة الإسلامية

١١٠ ـ القصاص في الشريعة الإسلامية ـ للدكتور محمد إبراهيم أحمد (رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة).
١١١ ـ مذكرة الالتزامات في الشرع الإسلامي ـ للأستاذ العلامة الشيخ أحمد إبراهيم.
١١٢ ـ النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ـ للدكتور شفيق شحاتة أستاذ القانون المدني في كلية الحقوق بالقاهرة (رسالة دكتوراه).

٨ ـ كتب القانون والفقه الأجنبي

١١٣ ـ الأهلية والمجالس الحسبية ـ للمحامي الأستاذ محمد هاشم المهنا المصري.
١١٤ ـ التقنين المدني المصري (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري الجديد) لجمال الدين العطيفي.
١١٥ ـ الحقوق الرومانية ـ للأستاذين الفرنسيين مونيه وجيفار (باللغة الفرنسية).
١١٦ ـ الحقوق الرومانية ـ للأستاذ الدكتور محسن البرازي.

١١٧ ـ دروس القانون المدني الإفرنسي ـ للأستاذين الفرنسيين كولان وكابيتان (باللغة الفرنسية).

١١٨ ـ شرح القانون المدني المصري القديم ـ للأستاذ فتحي زغلول باشا (١٣٣٢)هـ.

١١٩ ـ القانون المدني المقارن (نظرية الالتزامات) ـ للدكتور محسن شفيق الأستاذ في كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية.

١٢٠ ـ القانون المدني المقارن (عقد البيع) ـ للدكتور محسن شفيق أيضاً.

١٢١ ـ موجز الحقوق المدنية الإفرنسية ـ إصدار مكتبة دالوز (باللغة الفرنسية).

١٢٢ ـ الموجز في نظرية الالتزامات ـ للأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري (١٣٩١)هـ.

١٢٣ ـ نظرية العقد ـ للأستاذ عبد الرزاق السنهوري أيضاً.

٩ ـ كتب اللغة والنحو

١٢٤ ـ أساس البلاغة، للعلامة محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨) هـ.

١٢٥ ـ التعريفات ـ للسيد الشريف علي بن محمد الجرجاني (٨١٤) هـ.

١٢٦ ـ ١٢٧ ـ شرح ألفية بن مالك ـ لعلي بن محمد الأشموني، وحاشية الصبان عليه.

١٢٨ ـ شفاء الغليل فيما في كلام العرب من الدخيل ـ لشهاب الدين أحمد الخفاجي (١٠٩٦) هـ.

١٢٩ ـ غريب القرآن، لأبي محمد بن عزيز السجستاني (٣٤٠) هـ.

١٣٠ ـ القاموس المحيط ـ لمجد الدين الفيروز أبادي (٨١٧) هـ.

١٣١ ـ لسان العرب ـ لجمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور (٧١١)هـ.

١٣٢ ـ المصباح المنير ـ لأحمد بن محمد الفيومي (٧٧٠) هـ.

١٣٣ ـ المعرب ـ لأبي منصور موهوب بن أحمد الجواليقي (٥٤٠) هـ.

١٣٤ ـ مفردات ألفاظ القرآن ـ لأبي القاسم الحسن بن محمد الشهير بالراغب الأصفهاني (٥٠٢) هـ.

١٣٥ ـ النهاية في غريب الحديث ـ لمجد الدين المبارك الشهير بابن الأثير (٦٠٦)هـ.

١٠ ـ كتب الأدب والتاريخ

١٣٦ ـ الإصابة في تمييز الصحابة ـ للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢) هـ.

١٣٧ ـ البيان والتبيين ـ لعمرو بن بحر الجاحظ (٢٢٥) هـ بشرح السندوبي.

١٣٨ ـ تاريخ آداب اللغة العربية ـ للعلامة بروكلمن، (الأصل والذيل بالألمانية).
١٣٩ ـ تاريخ الأمم والملوك ـ لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (٣١٠) هـ.
١٤٠ ـ جمهرة رسائل العرب للأستاذ أحمد زكي صفوت المصري (معاصر).
١٤١ ـ خلاصة الذهب المسبوك المختصر من سير الملوك ـ لعبد الرحمن سنبط الأربلي.
١٤٢ ـ سيرة عمر بن الخطاب ـ للأستاذين القاضيين الأخوين علي وناجي الطنطاوي.
١٤٣ ـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب ـ لعبد الحي بن عماد الحنبلي (١٠٨٩)هـ.
١٤٤ ـ عيون الأخبار لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة (١٧٦) هـ.
١٤٥ ـ فتوح البلدان ـ لأبي الحسن أحمد بن يحيى البلاذري (٢٧٩) هـ.
١٤٦ ـ الفوائد البهية في تراجم الحنفية ـ لعبد الحي اللكنوي (١٣٠٤) هـ.
١٤٧ ـ قاموس الأعلام ـ لخير الدين الزركلي (١٣٩٦) هـ.
١٤٨ ـ الكامل ـ لأبي العباس محمد بن يزيد المبرد (٢٨٥).
١٤٩ ـ رسالة أحسن المساعي في ترجمة الإمام الأوزاعي، (بتحقيق وتقدمة الأمير شكيب أرسلان).
١٥٠ ـ الملل والنحل ـ لأبي الفتح محمد الشهرستاني (٥٤٨) هـ.
١٥١ ـ يقظة العرب ـ لجورج أنطونيوس (تعريب الأستاذ حيدر الركابي).

١١ ـ مؤلفات أخرى ذات صلة

١٥٢ ـ الاعتصام ـ للإمام أبي إسحق إبراهيم الشاطبي صاحب الموافقات.
١٥٣ ـ الأموال ـ للإمام الكبير الحافظ أبي عبيد القاسم بن سلام (٢٢٤) هـ.
١٥٤ ـ الطرق الحكمية لابن القيم (٧٥١) هـ.

١٢ ـ المؤلفات التي صدرت أو اطلعنا عليها بعد الطبعة الثانية من هذا المدخل واستندنا إلى شيء منها في الطبعات التي بعدها

١٥٥ ـ تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، للدكتور سامي حمود، ١٩٧٦ عمان.
١٥٦ ـ التعسف في استعمال الحق ـ للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت.

١٥٧ ـ تقنين الفقه الإسلامي، للدكتور محمد زكي عبد البر، قطر، دار إحياء التراث الإسلامي، (١٤٠٧) هـ.

١٥٨ ـ تقنين الفقه الإسلامي، للدكتور وهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة (١٤٠٨) هـ.

١٥٩ ـ الحق والذمة وتأثير الموت فيهما ـ للأستاذ الشيخ علي الخفيف أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بجامعة القاهرة الطبعة الأولى.

١٦٠ ـ أبو حنيفة (إمام المذهب) ـ للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أستاذ الشريعة الإسلامية بمصر ( ) هـ (طبع دار الطباعة والنشر).

١٦١ ـ مالك (إمام المذهب) ـ للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً.

١٦٢ ـ الشافعي (إمام المذهب) للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً.

١٦٣ ـ ابن حنبل (إمام المذهب) للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة أيضاً.

١٦٤ ـ تاريخ الفقه الإسلامي ـ إصدار كلية الشريعة في الأزهر (مطبعة وادي الملوك).

١٦٥ ـ ربا القرض وأدلة تحريمه للدكتور رفيق المصري ـ مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجدة.

١٦٦ ـ رسالة «تعليل الأحكام» للأستاذ محمد مصطفى شلبي المدرس في كلية الشريعة بالأزهر (رسالة لقب أستاذية في الفقه الإسلامي).

١٦٧ ـ رسالة «العرف والعادة في رأي الفقهاء» للأستاذ أحمد فهمي أبي سنة المدرس في كلية الشريعة بالأزهر (رسالة لقب أستاذية في الفقه الإسلامي).

١٦٨ ـ سد الذرائع للأستاذ محمد هشام البرهاني، بيروت، مطبعة الريحاني ١٤٠٦ هـ.

١٦٩ ـ شريعة الإسلام، للدكتور يوسف القرضاوي، المكتب الإسلامي، بيروت.

١٧٠ ـ فقه القرآن والسنة في القصاص ـ للأستاذ الشيخ محمود شلتوت من أعضاء هيئة كبار العلماء بمصر (١٣٨٣) هـ.

١٧١ ـ الفعل الضار والضمان فيه ـ لمصطفى أحمد الزرقا ـ دار القلم بدمشق ١٤٠٩ هـ.

١٧٢ ـ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ـ للأستاذ محمد بن الحسن الحجوي الفاسي، وزير المعارف والعدلية بالرباط في المغرب (١٣٧٦) هـ.

١٧٣ ـ لماذا المصارف الإسلامية، للدكتور محمد نجاة الله صديقي، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي بجدة ١٤٠٢.

١٧٤ ـ مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور (١٣٩٣) هـ، تونس، طبعة أولى ١٣٦٦ هـ.

١٧٥ ـ مقدمة الأستاذ الفرنسي (دونديو دو فابر) لرسالة المسؤولية الجزائية في الشريعة الإسلامية ـ للدكتور أنور إبراهيم باشا الأستاذ في كلية الحقوق بدمشق (باللغة الفرنسية).

١٧٦ ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ـ للأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري.

١٧٧ ـ الملكية في الشريعة الإسلامية ـ للدكتور عبد السلام العبادي، مكتبة الأقصى، عمان ١٣٩٥.

١٧٨ ـ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ـ للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة.

١٧٩ ـ نحو نظام نقدي عادل، للدكتور محمد عمر شبرا ـ المعهد العالي للفكر الإسلامي، واشنطن ١٤٠٨هـ.

١٨٠ ـ النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ـ للأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني من بيروت.

١٨١ ـ نظم التوزيع الإسلامية، للدكتور محمد أنس بن مصطفى الزرقا، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ١٤٠٤هـ.

١٨٢ ـ نقد مشروع القانون المدني المصري الجديد، وطلب استمداده من فقه الشريعة الإسلامية بمذاهبه المختلفة مع نموذج لكتاب العقد من القانون مستمداً من الفقه الإسلامي (وضع جماعة من علماء القانون والشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بجامعة القاهرة) الطبعة الأولى.

١٣ ـ المقابلات والمحاضرات المنشورة

١٨٣ ـ محاضرة بعنوان «قضاء الجماعة وقضاء الفرد» للكاتب المؤرخ الكبير رفيق بك العظم (١٣٤٣) هـ، منشورة في كراسة مستقلة.

١٨٤ ـ مقالة بعنوان «الشريعة الإسلامية مصدر صالح للتشريع الحديث» ـ للأستاذ الشيخ عبد الوهاب الخلاف منشورة في مجلة القانون والاقتصاد المصرية (السنة ١٠ العدد / ٣).

١٨٥ ـ مقالة بعنوان: «من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدني العراقي» للأستاذ عبد الرزاق السنهوري منشورة في مجلة القضاء ببغداد (السنة ٢ العدد/ ١ ـ ٢) في صفر ١٣٥٥ هـ = أيار ١٩٣٦ م، ومنقولة عنها. في مجلة نقابة المحامين بدمشق (السنة الأولى، العدد / ٦ ـ ٧).

(٤)
فهرس موجز لموضوعات المدخل الفقهي العام بجزئيه[1]

---
(١) (الفهرس التفصيلي في نهاية الكتاب ـ أرقام الفصول والأبواب مبينة في أعلى صفحات الكتاب).

الباب الخامس: نظرية الملكية في الفقه الإسلامي

الباب السادس: نظرية العقود وما إليها في الفقه الإسلامي

الجزء الثاني

الباب السابع: نظرية المؤيدات الشرعية في الفقه الإسلامي

الباب الثامن: نظرية الأهلية والولاية

الباب التاسع: نظرية العرف

الباب العاشر: القواعد الكلية في الفقه الإسلامي

قائمة فهارس الكتاب ومراجعه

(٥)
فهرس الموضوعات المفصَّل

للجزء الثاني

قائمة فهارس الكتاب ومراجعه